Hugo Allermann

Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung

212

Beiträge zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung

unter besonderer Berücksichtigung der Lehre von der fingierten Unmöglichkeit der Leistung

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät der
Friedrich-Alexanders-Universität
zu Erlangen vorgelegt von

Hugo Allermann
aus Bottrop
Referendar am Kgl. Landgericht
zu Duisburg

Approbiert am 20. Juni 1907

ACAD.
LUGD.BAT.
BIBL.

Köln 1908
Druck von J. P. Bachem

13488

Referent: Univ.-Professor Dr. Binder

Meinen lieben Eltern!

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549813_0129

Literatur.

1. Baron: Pandekten.
2. Bechmann: Der Kauf.
3. Becker: Pandekten.
4. Biermann: Die Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung im Bürgerlichen Recht. Archiv für zivilistische Praxis. Tübingen 1901. Band 9.
5. Binder: Zeitschrift für Handelsrecht, Band 52 S. 598 ff.
6. Bolze: Die Bestimmungen des Entwurfs eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich über die Regelung des vindikatorischen Eigentumsanspruchs. Archiv für die zivilistische Praxis, Band 74, Heft 1 S. 97 ff.
7. Cosack: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Jena 1903.
8. Crome: System des deutschen Bürgerlichen Rechts. Tübingen 1900. Band I u. II.
9. Dernburg: Pandekten.
10. Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Halle 1901. Auflage II, Band III.
11. Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Berlin 1903.
12. Enneccerus-Lehmann: Das Bürgerliche Recht. Marburg 1898.
13. Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. München 1902. V. Auflage.
14. Fischer: Vis major im Zusammenhang mit Unmöglichkeit der Leistung. Jena 1897.
15. Gierke: Der Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuches und das deutsche Recht. Leipzig 1899.
16. Goldmann und Lilienthal: System des Bürgerlichen Gesetzbuches. Auflage II, S. 233 ff. Berlin 1903.
17. Ihering: Culpa in contrahendo oder Schadensersatzpflicht bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen. Jahrbücher Band IV, S. 1.
18. Kämpfe: Der Einfluß nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach gemeinem Recht und dem Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Magdeburg 1901.
19. Kauffmann: Kommentar. Bonn 1900. Band I und II.
20. Kisch: Die Wirkung der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Jena 1900.
21. Kleineidam: Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.
22. Krüger: Corpus juris civilis. Berlin 1899.
23. Krückmann: Archiv für die zivilistische Praxis. Band 101.
24. Landsberg: Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1904.
25. Leonhard: Der allgemeine Teil des Bürgerlichen Gesetzbuches 1900.
26. Leske: Vergleichende Darstellung des Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1898.
27. Litten: Die Wahlschuld im Deutschen Bürgerlichen Recht. 1903.

28. Matthias: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Band I. Berlin 1900.
29. Meissner: Das Bürgerliche Gesetzbuch für das Deutsche Reich nebst dem Einführungsgesetze. Zweites Buch: Das Recht der Schuldverhältnisse. Breslau 1898.
30. Motive: Band II. Berlin 1896.
31. Oertmann: Kommentar. 1902 und 1906.
32. Paasche: Unmöglichkeit der Leistung und Verzug bei Leistungen, die in einem Unterlassen bestehen. Leipzig 1903.
33. Pagenkemper: Unmöglichkeit und Verzug bei Unterlassungspflichten. Borna-Leipzig 1905.
34. Planck: Kommentar Band I und II, 1. Lieferung. Berlin 1904.
35. Protokolle: Band I. Berlin 1897.
36. Regelsberger: Pandekten. Leipzig 1893.
37. Rehbein: Bürgerliches Gesetzbuch. Berlin 1903, Band II.
38. Rümelin: Der Zufall im Recht. 1897.
39. Reinke: Die allgemeinen Grundsätze über die anfängliche Unmöglichkeit der Leistung. Borna-Leipzig 1905.
40. Ruppert: Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtung. Köln 1903. Dissert.
41. Scherer: Das Recht der Schuldverhältnisse. Erlangen 1899.
42. Schmidt, Richard: System des Zivilprozeßrechts. Leipzig 1898.
43. Schollmeyer: Kommentar. Band II, Teil 1. München 1900.
44. Siber: Iherings Jahrbücher Band 50.
45. Stammler: Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. 1897.
46. Staudinger: Kommentar. München 1905. II. Auflage.
47. Stiebels: Welche Rechte kann dem Käufer einer Sache die nachfolgende Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers gewähren. Berlin 1904.
48. Stobbe-Lehmann: Handbuch des deutschen Privatrechtes.
49. Titze: Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem Bürgerlichen Recht. Leipzig 1900.
50. Ude: Ueber die Bedeutung des Satzes: Impossibilium nulla obligatio. Archiv für zivilistische Praxis. Band 48 S. 246 ff. und 366 ff.
51. Ublelohde: Die Befreiung des Schuldners bei Vereitelung der Leistung nach dem Entwurfe des Bürgerlichen Gesetzbuches.
52. Unterholzner: Pandekten.
53. Weißmann: Lehrbuch des deutschen Zivilprozeßrechts. Band I und II. Stuttgart 1905.
54. Windscheid: Pandekten. Frankfurt 1901.
55. Wilutzki: Was gehört zum Vertrauensinteresse. In „Das Recht" V. Jahrgang. 1901.
56. Zitelmann: System.
57. Zitelmann: Die Rechtsgeschäfte im Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches. Berlin 1890.

Disposition.

I. Begriff der Unmöglichkeit, insbesondere.
   1. Das Vorkommen der Unmöglichkeit des Tuns und Unterlassens.
   2. Pflichtenkollision.

II. Allgemeine Vorbemerkungen über die Unmöglichkeit:
   1. Insbesondere, ist Mangel der Rechtzeitigkeit der Leistung der teilweisen Unmöglichkeit gleichzustellen?
   2. Aufstellung des Begriffs der indifferenten Unmöglichkeit und deren Rechtsfolgen.
   3. Unmöglichkeit und Verzug.
   4. Teilweise Unmöglichkeit und mangelhafte Leistung.
   5. Fingierte Unmöglichkeit.

III. Arten der Unmöglichkeit:
   1. Subjektive und objektive.
   2. Anfängliche und nachfolgende, insbesondere
      a) Bei bedingten und betagten Rechtsgeschäften;
      b) Bei genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäften.
   3. Zu vertretene und nicht zu vertretene.
   4. Vollkommene und teilweise.

IV. System.
   1. Anfänglich objektive Unmöglichkeit
      a) Bei Vertragsobligationen,
      b) Bei einseitigen Rechtsgeschäften.
         α) Bei der Auslobung.
         β) Bei Schuldverschreibungen auf den Inhaber.
   2. Anfängliche subjektive Unmöglichkeit.
      a) Stets Schadensersatz.
      b) Analoge Anwendung des § 275 B. G. B.?
   3. Nachfolgende Unmöglichkeit.
      a) Allgemeines.
      b) Bei einseitigen Rechtsgeschäften und contractus bilaterales inaequales, insbesondere die Interpretation von
         α) § 281 B. G. B.
         β) § 283 B. G. B.

c) Bei gegenseitigen Verträgen.
α) Was ist Synallagmatik?
β) Unmöglichkeit verschuldet durch den Schuldner.
γ) Unmöglichkeit verschuldet durch den Gläubiger.
αα) Rücktrittsrecht. Insbesondere der Rücktritt unter einer Bedingung.
ββ) Schadensersatz wegen Nichterfüllung.
γγ) Behandlung der Leistung als eine schuldlose.

4. Unmöglichkeit bei Alternativobligationen und bei der facultas alternativa.

Der juristische Begriff des Unmöglichen ist zunächst identisch mit dem wirtschaftlichen. In dieser Beziehung ist unmöglich, was mit Naturnotwendigkeit nicht geschehen kann.

Doch könnte der juristische Begriff weitergehen, wie der des gewöhnlichen Lebens. Denn

1. könnte als unmöglich auch ein Tun angesehen werden, welches nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte nicht vorgenommen zu werden braucht. § 242 B. G. B., desgleichen könnte
2. eine Unmöglichkeit des Unterlassens dahin konstruiert werden, daß der Verpflichtung zum Unterlassen entgegen eine Verpflichtung zum Tun tritt, welch letztere derart überwiegt, daß das Unterlassen als juristisch unmöglich gedacht werden kann. (Pflichtenkollision.)

Zu 1: Der § 242 B. G. B. setzt die physische Möglichkeit der Leistung anderer Gegenstände voraus. Die Konstruktion wäre auf zweierlei Art möglich. Einmal könnte man sagen, von Anfang an ist nur das geschuldet, was nach Treu und Glauben zu leisten wäre, sodaß als Rechtsfolge sich ergäbe, daß eine darüber hinausgehende Leistung überhaupt nicht geschuldet sei.

Dies würde aber meines Erachtens mit dem Grundsatze nicht übereinstimmen, daß § 242 B. G. B. Rechtsregel, nicht Auslegung des rechtsgeschäftlichen Willens, beziehungsweise Ergänzung desselben bedeutet.

Dieses ist m. E. schon deswegen richtig, weil § 242 B. G. B. umfassend ist, sodaß er sowohl die Leistungen aus unerlaubten Handlungen wie auch die ex lege entstehenden Verpflichtungen umfaßt. (So auch Crome Bd. II S. 22 unter 1 am Ende.)

Hieraus folgt, daß § 242 B. G. B. keine Auslegungs- oder Ergänzungsregel geben will, sondern eine Rechtsregel darstellt, denn Auslegung und Ergänzung des Parteiwillens kann nur bei Rechtsgeschäften im typischen Sinne vorkommen. (Ebenso Oertmann Bd. II zu § 242 unter 1b Abs. 3.)

Geht nun aber die Leistungspflicht kraft Rechtes von vornherein nur auf das, was nach Treu und Glauben verlangt werden kann, dann ist eine Verpflichtung darüber hinaus nicht mehr vorhanden; die Obligation braucht nicht erfüllt zu werden, wenigstens nicht zu der Zeit, zu welcher nach Treu und Glauben nicht geleistet werden kann.

Eine solche Rechtsfolge schafft aber nur die Unmöglichkeit, folglich können wir auch annehmen, daß eine Leistung dann als unmöglich im Rechtssinne anzunehmen ist, wenn ihre Erfüllung nach Treu und Glauben nicht verlangt werden kann. Wenn allerdings diese Unmöglichkeit nur als eine vorübergehende eintritt, so dürfte sie, wie ich bereits oben andeutete, nur eine dilatorische Einwendung gewähren bzw. ein Rücktrittsrecht des Gläubigers. Wird aber die Leistung vom Schuldner trotzdem bewirkt, so hat sich eben gezeigt, daß sie, wenn auch über Treu und Glauben hinausgehend, doch nicht unmöglich war, sodaß eine Rückforderung ausgeschlossen erscheint.

Entgegengesetzter Ansicht ist Binder Z. Schr. f. H. R. Bd. 52, S. 598 ff. Landsberg B. G. B. S. 312.

Im Ergebnis übereinstimmend, aber in der Subsummierung unter den Unmöglichkeitsbegriff durchaus abweichend, auch Krückmann S. 2 ff., insbesondere S. 16 und 17. Der oben von mir vertretenen Ansicht tritt bei Oertmann Vorb. zu § 275 unter 3a β Abs. 2 u. 3.

Ein Tun ist im Rechtssinne auch dann als unmöglich zu betrachten, wenn ihm Hindernisse entgegenstehen, welche zu überwinden dem Schuldner nach Billigkeit nicht zugemutet werden kann.

Zu 2: Wie ich schon im letzten Teil des vorigen Absatzes erwähnte, ist ein Tun dann unmöglich, wenn trotz Möglichkeit des Geschuldeten dessen Leistung nach Treu und Glauben nicht verlangt werden kann.

Eine Leistung kann aber bestehen in einem Tun oder Unterlassen. Da die Grundsätze der Billigkeit nun auch auf das Unterlassen gemäß § 242 B. G. B. anwendbar sind, so scheint mir im Falle der Pflichtenkollision unter Umständen vom Gläubiger das Unterlassen nicht verlangt werden zu können.

Unmöglichkeit der Leistung, die in einem Unterlassen besteht, liegt daher auch dann vor, wenn dem Schuldner nach Treu und Glauben das Unterlassen nicht zugemutet werden kann.[1]) Vergleiche hierzu Kisch, welcher Seite 12 schreibt:

---

[1]) Eine zwar nicht auf Rechtsgeschäft beruhende Verpflichtung zur Unterlassung ist das Verbot der Verletzung fremden Eigentums, doch hat der § 904 B. G. B. eine solche Verpflichtung zum Unterlassen der Störung dann verneint, wenn ein unverhältnismäßig größerer Schaden droht und durch Einwirkung auf die fremde Sache der drohende Schaden abgewandt werden kann.

„Regelmäßig wird eine Leistung, die nur unter äußerster Kraftanstrengung und unter Anwendung ganz unverhältnismäßiger Mittel noch bewirkt werden kann, im Sinne der Rechtsordnung nicht mehr als möglich zu behandeln sein."

Dieses sei vorausgeschickt. Die einzelnen Rechtsgeschäfte gehen ihrer unverhältnismäßig großen Mehrheit nach auf ein Leisten, d. h. ihr einziger Inhalt besteht in der Erfüllung und daher hat, falls eine solche ordnungsmäßig erfolgt, die Obligation ihre Erledigung gefunden.

Doch sind, das sei nebenbei bemerkt, einzelne Rechtsgeschäfte auch als Grundlagen für neue Rechtsgeschäfte denkbar, die Abhängigkeit von solchen wird in Bedingungen, Auflagen und sonstigen Nebenbestimmungen festgelegt und dieses innere Verhältnis kann natürlich auf den Untergang oder Nichtuntergang der einen Obligation seinen Einfluß ausüben, für uns ist dieses aber ohne jede Bedeutung.

Das Leisten kann, wie ich schon oben sagte, in einem Tun oder Unterlassen bestehen. § 241 B. G. B. Der Begriff des Leistensollens, also das Verpflichtetsein des Schuldners entspricht insoweit dem Anspruchsbegriff, d. h. dem Fordernkönnen des Gläubigers aus den §§ 194 und 241 B. G. B.

Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, die Leistung zu verlangen, eventuell sogar verpflichtet, dieselbe in Empfang zu nehmen. Vergleiche die §§ 433, 696, 640 u. a. m. B. G. B.

Letzterenfalls besteht in der Abnahmepflicht eine Leistung von seiten des Gläubigers, insoweit ist er Schuldner. Für den Fall des Vorliegens eines Kaufvertrages ist z. B. der Käufer nicht nur Schuldner des Kaufpreises, sondern auch verpflichtet, die ihm angebotene Ware anzunehmen und zwar treten für diesen Fall nicht nur die allgemeinen Folgen des Annahmeverzuges ein, sondern der Käufer kann noch gegen den Verkäufer auf Vornahme der Abnahmehandlung klagen.

Daß hierbei auch Unmöglichkeit der Leistung vorkommen kann, ist unbestreitbar, denn Annahmepflicht ist Leistungspflicht.

Es braucht hier wohl nicht besonders darauf hingewiesen zu werden, daß es neben den Schuldverhältnissen auch andere Rechtsgeschäfte gibt, welche durchaus nicht auf ein Leisten gehen, z. B. Kündigung, Mahnung. Bei ihnen kann naturgemäß von einer Unmöglichkeit der Leistung keine Rede sein. Ob der Begriff der Unmöglichkeit der Kündigung, Mahnung, Anfechtung irgend eine Bedeutung hat, mag dahingestellt bleiben. Wir befassen uns also zunächst mit der Unmöglichkeit der Leistung.

Zielen die Schuldverhältnisse auf ein Leisten von seiten des Schuldners ab, erschöpft sich der Inhalt der Obligation in der Leistung, so bleiben folgende Fragen zu erörtern:

1. Was geschieht, wenn nicht rechtzeitig geleistet wird.
2. Was geschieht, wenn nur teilweise geleistet wird.
3. Was geschieht, wenn mangelhaft geleistet wird.
4. Was geschieht, wenn überhaupt nicht geleistet wird.

Bei allen diesen Punkten sind nachstehende Möglichkeiten auseinanderzuhalten:

a) Der Schuldner will nicht leisten, obschon er kann,
b) Der Schuldner leistet nicht,
   α weil er nicht kann,
   β weil die Leistung überhaupt, nicht nur ihm, unmöglich ist.

Was nun die beiden Unterabteilungen zu a und b angeht, so ist bei Punkt a Unmöglichkeit in der strengen Bedeutung des Wortes nicht vorhanden. Es bleibt dem Gesetzgeber nur die Möglichkeit offen, unter Umständen die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners zu fingieren.

Zu Punkt b ist zu sagen, daß hier der Fall der Unmöglichkeit vorliegt und zwar ist sofort auf die Trennung zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit unter α und β Rücksicht genommen.

Es sei nun zunächst im allgemeinen die Frage nach der Behandlung der Unmöglichkeit in den vier möglichen typischen Fällen aufgeworfen, um dann später auf die innere Struktur der Unmöglichkeitslehre einzugehen.

Die Frage nach der Unmöglichkeit der Leistung, wenn die Rechtzeitigkeit Gegenstand der Obligation in der Art ist, daß sie zum wesentlichen Tatbestande des Rechtsgeschäfts wird, ist äußerst strittig.

Zunächst einmal ist die Untersuchung dahin zu führen, ob wir hier von einer teilweisen Unmöglichkeit der Leistung sprechen können. Inhalt der Leistung ist: das Tun oder Unterlassen zu einer bestimmten Zeit. Das Tun zu einer anderen Zeit ist ein aliud, nicht dasselbe Tun. Es heißt nicht:

„1. Du sollst dieses oder jenes tun, und zwar
2. zu einer bestimmten Zeit."

Ist einmal das Tun zu der Zeit nicht geschehen, so ist das Tun zu einer anderen Zeit nicht mehr dasselbe Tun, denn dem Tun sind Zeitgrenzen gesteckt, es ist das Gegenteil des den Gegenständen inhärierenden Trägheitsmomentes. Zum Tun gehört der Begriff nicht nur der Zeitdauer an sich, sondern auch der Zeitmomente des Anfangs und des Endes, denn jedes Tun muß notwendigerweise diese beiden Grenzen umfassen. Das Tun ist nicht denkbar ohne Anfang und Ende. Für dasselbe ist objektiv betrachtet stets der Zeitpunkt wesentlich, wann es geschieht. Denn das Handeln muß in der Zeit vor sich gehen, es

ist kein abstraktes Handeln denkbar. Das Handeln hat in der einen Zeit einen anderen Inhalt, als in der anderen. Deshalb sind auch die Daten in der Weltgeschichte so wichtig. Das Tun zur Zeit dieser Entwickelung ist geeignetes, das Tun zur Zeit der anderen ungeeignetes, und hier bei der Erfüllung des Rechtsgeschäfts handelt es sich doch um ein zweckmäßiges. Mit kleinsten Zeitintervallen rechnet die Jurisprudenz im allgemeinen nicht und doch ist auch dieses möglich, z. B. das Stellen der elektrischen Uhren oder das Niederfallenlassen des Zeitballs in Bremerhaven.

Ob für das Rechtsgeschäft der Zeitpunkt der Erfüllung des Tuns wesentlich ist, das ist eine andere Frage. Ist er es aber, dann ist geschuldet das Tun zu der bestimmten Zeit, nicht das Tun zu anderer Zeit, denn letzteres ist ein aliud, ein im Ganzen nicht Geschuldetes.

Es ist demnach meines Erachtens nicht richtig, wenn Kisch S. 22 es als logisch zutreffend hinstellt, daß die zeitweilige Unmöglichkeit teilweise Unmöglichkeit sei, ebensowenig ist richtig, die Ansicht Kleineidams S. 25 und Mommsens S. 212 a. a. O. Logisch ist richtig, daß jedes Tun zu anderer Zeit ein anderes Tun ist. Allerdings kann im Rechtsgeschäft von vornherein ein weiter Spielraum gesteckt sein, so daß eine Mehrheit von verschiedenen Erfüllungsmöglichkeiten besteht, nämlich daß innerhalb eines kürzeren oder längeren Zeitraums das zeitlich verschiedene Tun noch Erfüllung ist. Möglicherweise entsteht eine Art ins Unendliche gesteigerter Alternativobligationen mit Wahlrecht des Schuldners. Dann nämlich, wenn die Zeit der Leistung in das Belieben des Schuldners gestellt ist. Ist das aber nicht der Fall, so bleibt der Zeitpunkt, der im Rechtsgeschäft festgesetzt ist, durchaus allein maßgebend, nur treten bei nicht rechtzeitigem Leisten nicht stets die Unmöglichkeitsfolgen — wie es logisch richtig wäre —, sondern unter Umständen die Verzugsfolgen ein. Darum ist auch meines Erachtens mit Recht im Gesetz die nicht rechtzeitige Leistung als total unmöglich behandelt worden, falls nicht die Regeln über den Annahmeverzug Anwendung finden, letzteres in dem Falle, daß die Rechtzeitigkeit nicht mehr als wesentliches und unter allen Umständen einzuhaltendes Erfüllungsmoment angesehen wird.

Die nur scheinbare Ausnahme bei Dauerleistungen, Dienst- und Mietverträgen, daß z. B. bei zufälliger Unmöglichkeit die Gegenleistung, also das Entgeld sich mindert, liegt, wie Kisch S. 22 treffend bemerkt, darin, daß der Gesetzgeber hier vor zwei Alternativen gestellt war, nämlich:

1. Die Leistung als nicht rechtzeitig und daher vollkommen unmöglich zu betrachten,

2. die Leistung als zu gering in quantitativer Hinsicht anzusehen, also teilweise Unmöglichkeit anzunehmen.

Ob es hierbei begründet war, den Mietvertrag dem Dienstvertrage gleichzustellen, scheint mir nicht so ohne weiteres beantwortet werden zu können. Während nämlich beim Dienstvertrage die verschiedensten auf einander folgenden Dienstleistungen, von denen die eine nicht im notwendigen Zusammenhang mit der anderen zu stehen braucht, Gegenstand des Rechtsgeschäfts sind, ist die Miete nicht Vertrag auf Tätigkeit, sondern Vertrag auf Herbeiführung eines Zustandes. Nun kann ja auch hier ein Zuwenig eintreten, z. B. wenn gewisse Räume, welche mitvermietet waren, dem Mieter zum Gebrauch nicht übergeben werden. Anders aber liegt der Fall dann, wenn der Mietvertrag als ganzer nicht rechtzeitig erfüllt wird, z. B. wenn ich auf den ersten April gemietet habe, auf den ersten Mai mir aber erst die gemietete Wohnung zur Verfügung gestellt wird. Eine Kollision tritt ein, wenn nun einzelne von den gemieteten Räumen nicht rechtzeitig zur Verfügung gestellt werden. Hier kommt es auf das Rechtsgeschäft an, ob die Behandlung der Erfüllung als einer nur teilweisen oder als einer überhaupt unmöglichen eintreten soll.

Prinzipiell hat der Gesetzgeber sich hier auf den Standpunkt der quantitativen, also teilweisen Unmöglichkeit der Leistung gestellt, vergleiche die §§ 542, 543 B. G. B., hat aber vor etwaigen aus dieser Behandlung der Sache möglichen Härten dadurch Schutz gewährt, daß er die Kündigung des Mietsverhältnisses ohne Kündigungsfrist insoweit gestattet, als das Interesse des Mieters infolge der Leistung des zu wenigen nicht mehr besteht, vergleiche Kisch S. 22.

Die Unmöglichkeit der Leistung kann nun zeitlich entweder eine dauernde oder vorübergehende sein. Was nun zunächst unter vorübergehender Unmöglichkeit verstanden wird, ist die Tatsache, daß eine Leistung zwar zur Erfüllungszeit nicht möglich ist, später aber möglich wird. Eine vorübergehende Unmöglichkeit liegt z. B. vor, wenn ein Dienstbote vor Dienstantritt an einer akuten Krankheit erkrankt. Es ist dann festzuhalten, daß innerhalb einer bestimmten Zeitdauer sein Leisten wieder möglich wird, etwa in zwei bis drei Wochen, wenn er wieder gesund wird. Hierdurch komme ich zu einem neuen Zwischenmoment, nämlich dem, wo es in suspenso ist, ob eine Unmöglichkeit dauernder oder vorübergehender Natur sein mag. Wir unterscheiden demnach:

1. die dauernde,
2. die vorübergehende,
3. die indifferente Unmöglichkeit der Leistung.

Eine vorübergehende Unmöglichkeit liegt sicher vor, wenn erfahrungsgemäß dem Hinderungsgrunde keine stetige Dauer zuzuschreiben ist, z. B.

bei Streik, Krieg. Doch ist beim Streik schon möglicherweise nicht nur vorübergehende, sondern sogar indifferente Unmöglichkeit vorhanden, indem der Streik erfahrungsgemäß ebensowohl mit dem Bankrott des nicht gut fundierten Geschäftes, als mit der einfachen Wiederaufnahme der Arbeit, eine akute schwere Krankheit sowohl mit dem Tode, als mit der Genesung endigen kann. Dies kommt natürlich auf die Umstände an, beim Streik also auch auf die wirtschaftliche Situation, in der sich das Geschäft befindet, bei der Erkrankung auf die Konstitution des Verletzten, die Art der Krankheit usw.

Dabei ist aber nicht zu vergessen, daß trotz alledem doch noch für die indifferente Unmöglichkeit Raum bleibt, z. B. bei der Lungenentzündung, die ebensowohl bei starker wie bei schwacher Konstitution zum Tode führen kann. Mit Recht hat Kisch S. 23 die Formel, daß das Wiederaufhören der Unmöglichkeit, falls sie eine vorübergehende sein solle, in der Natur der Unmöglichkeit liegen müsse, als nicht ausreichend erachtet und den Schwerpunkt auf die begleitenden Nebenumstände, „namentlich die Entstehungs- und Aufhebungstatsachen der Unmöglichkeit" gelegt. Indessen hat er den Begriff der von mir sogenannten indifferenten Unmöglichkeit nicht aufgenommen, es sei denn, daß man ihre Wirkung aus dem auf S. 24 aufgestellten Satze ersehen will: „Die Unmöglichkeit ist so lange eine dauernde, als sich nicht aus allgemeinen Erfahrungssätzen oder aus den Umständen des Einzelfalles sichere Anhaltspunkte dafür ergeben, daß das Hindernis entfallen wird, und zwar rechtzeitig genug, damit durch die nachträgliche Leistung die Vertragszwecke noch erfüllt werden können. Ich meine nun, daß eine sogenannte indifferente Unmöglichkeit dem Gläubiger das Recht gibt, sie als dauernde oder vorläufig als vorübergehende anzunehmen, der Schuldner also in diesem Falle den Einwand der Unmöglichkeit nicht machen kann. Denkbar wäre dieser Fall nicht bei der Leistungsklage, denn hier würde der Gläubiger ja die Leistung verlangen, wohl aber bei der Feststellungsklage, ob der Schuldner noch verpflichtet sei, die Leistung zu bewirken. Die vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung ist unmöglich nur dann, wenn sie, wie ich schon sagte, dem Inhalt der Obligation widerspricht.

Vergleiche Crome Band II S. 34, im übrigen liegt keine Unmöglichkeit vor, so daß eventuell Verzugsregeln — wohl zu beachten nur bei Verschulden — in Anwendung kommen.

Sprechen wir weiterhin von dauernder Unmöglichkeit, so ist des Ferneren ein Doppeltes zu unterscheiden:

1. Die Unmöglichkeit stellt sich bereits vor der Erfüllungszeit als dauernde heraus,

2. sie stellt sich erst zur Zeit der Fälligkeit als dauernde heraus.

Nur der Punkt 1 bedarf an dieser Stelle einer näheren Würdigung. Kisch S. 25 vertritt hier den Standpunkt, daß der Gläubiger, nachdem sich bereits vorher die dauernde Unmöglichkeit herausgestellt habe, dann sich sogleich nach einer anderweitigen Leistung umsehen dürfe.

Durchaus anderer Ansicht ist Förster-Eccius: Preuß. Privatr. Band I S. 533.

Welche Ansicht ist nun die richtige? Die Unmöglichkeit der Leistung ist hier so zu denken, daß innerhalb der Zeit vom Vertragsabschlusse bis zur Erfüllungszeit die Leistung des Schuldners mit übergroßer Wahrscheinlichkeit nicht erfüllbar ist, während zur Erfüllungszeit dieselbe doch möglich ist. Nun ist ja klar, daß die Rechtsgeschäfte im allgemeinen Grundlage weiterer Dispositionen sind, insbesondere der Gläubiger auf den rechtzeitigen Eingang des Geschuldeten muß rechnen können. Daß dies Rechnenkönnen zum Inhalt der Obligation gehört, ist meines Erachtens unbestreitbar; denn auf ihr beruht ja auch die eigentliche Regelung der Beweislast im § 275 B. G. B. im Gegensatz zu den Delikten § 823 B. G. B.[1])

Der Gesetzgeber hat demnach diesen Rechtsgedanken anerkannt. Daß der Gläubiger nicht ohne weiteres an seinen Vertrag gebunden sein kann, ist klar. Andererseits scheint mir aber hier, wenn vor der Erfüllungszeit die Leistung voraussichtlich als eine unmögliche erscheint, nie der Fall der dauernden Unmöglichkeit, sondern stets nur der der indifferenten Unmöglichkeit vorzuliegen. Mit anderen Worten: der Gläubiger wird doch das Recht haben, nur einmal abzuwarten, ob denn wirklich die Leistung unmöglich wird oder nicht. In dieser Beziehung befriedigt der Standpunkt des Kisch ebensowenig wie der Kleineidams, welche in diesem Falle dauernde Unmöglichkeit der Leistung annehmen. Dieses würde zur Folge haben, daß der Gläubiger nun überhaupt nicht mehr fordern könnte und der Schuldner auch nicht mehr zu leisten brauchte, trotzdem er zur Erfüllungszeit in der Lage ist zu leisten. Dies scheint mir aber doch eine etwas krasse Auffassung der Rechtslage zu sein. Man denke nur daran, daß jemand einen Diener für eine Reise nach Italien auf den 1. April gemietet hat. Der Diener erkrankt. Dem Dienstherrn liegt aber daran, gerade diesen Diener mitzunehmen. Er verschiebt daher die Reise, und nun würde der Diener nach der Ge-

[1]) Vgl. des Ferneren auch die in vielen Fällen festgelegte Wirkung der **clausula rebus sic stantibus**, als eines stillschweigenden Zusatzes zum Vertrage, so bei der Lehre von den gegenseitigen Verträgen, beim Vertrag auf Darlehnshingabe § 610 B. G. B., beim Protest mangels Sicherheit im Wechselrecht u. a. m. vgl. später.

nesung sagen können, die Leistung sei ja unmöglich geworden, da er nicht zum 1. April habe eintreten können.

Ich entscheide mich für die Ansicht von Förster-Eccius, jedoch mit der Maßgabe, daß eine Benachrichtigung an den Schuldner genügt, und nicht ein Vertragsabschluß nötig ist, also eventuell ein Rücktrittsrecht vom Vertrage in Analogie des § 326 B. G. B.

Wenn es wahr ist, daß zum Inhalt der Obligation auch in der Zwischenzeit bis zur Leistung die Wahrscheinlichkeit der Möglichkeit der Leistung gehört, so ist diese auch vom Schuldner zu prästieren. Nun kann aber vom Verzug, also dem Verschulden des Schuldners nicht stets die Rede sein. Demnach würde gerade in den Hauptfällen die analoge Anwendung von § 326 B. G. B. unzulässig sein.

Ob ein stillschweigender vertragsmäßiger Vorbehalt des Rücktritts angenommen werden darf, ist sehr zweifelhaft, obschon ich keinen anderen Weg sehe, um zu einem befriedigenden Resultat zu gelangen. Sollte aber auch dieser Weg ungangbar sein, so bleibt meines Erachtens nichts anderes übrig, als sich einer der beiden erwähnten Meinungen anzuschließen, welche beide zu wenig annehmbaren Konsequenzen führen.

Oder führt doch nicht vielleicht noch ein anderer Weg zum Ziele? Sehen wir einmal „die Möglichkeit der Leistung zur bestimmten Zeit" d. h. „das Bauendürfen auf die rechtzeitige Leistung" als Inhalt der Obligation an, so erhebt sich zunächst die Frage, ob dies gerechtfertigt ist. Die clausula rebus sic stantibus mag uns hier einige Fingerzeige geben. Nach § 321 B. G. B. kann der Vertragspflichtige seine Leistung verweigern, bis die Gegenleistung bewirkt oder Sicherheit für sie geleistet wird.

§ 610 B. G. B. sagt: „Wer die Hingabe eines Darlehns verspricht, kann im Zweifel das Versprechen widerrufen, wenn in den Vermögensverhältnissen des anderen Teils eine wesentliche Verschlechterung eintritt, durch die der Anspruch auf Rückerstattung gefährdet wird. Ferner heißt es im § 775 Abs. 1 B. G. B.: Der Bürge, der sich im Auftrage des Hauptschuldners verbürgt, kann Befreiung von seiner Verbindlichkeit, beziehungsweise Sicherheitsleistung verlangen, wenn sich die Vermögensverhältnisse des Hauptschuldners wesentlich verschlechtert haben.

Aus all diesen Vorschriften und anderen mehr ist das einfache Prinzip herauszufinden: Inzwischen eintretende Verschlechterung der Leistungsmöglichkeit in der Person des Gegners soll möglichst durch eine entsprechende günstige Vorschrift für den anderen Kontrahenten aufgehoben werden. Daß derjenige, welcher auf die Möglichkeit der

Leistung infolge anderer Umstände als wegen Vermögensverschlechterung des anderen Kontrahenten nicht mehr auf dieselbe zu bauen vermag, ebenfalls des Rechtsschutzes bedarf, ist meines Erachtens nicht ohne weiteres von der Hand zu weisen. Aber nicht nur für die Zweckmäßigkeit eines solchen Schutzes sprechen die Rechtsfolgen der clausula rebus sic stantibus, sondern das ganze Institut spricht auch dafür, daß die nach Abschluß des Vertrages eintretende „geringere Möglichkeit der Leistung" des Geschuldeten und die dadurch gesteigerte Unsicherheit der endlichen Erfüllung, welche fast der Unmöglichkeit gleichsteht, ähnlich dieser clausula rebus sic stantibus behandelt werden muß. Nun ist die clausula rebus sic stantibus weiterhin auch ein Fall indifferenter Unmöglichkeit, also nicht nur dem äußeren Anschein, sondern auch dem inneren Wesen nach mit dem unserigen verwandt. Interessant ist es, daß hier nun der Gesetzgeber gerade so weit geht, um genügenden Schutz für denjenigen Kontrahenten, in dessen Person die Unmöglichkeit nicht eingetreten ist, zu geben. Bei gegenseitigen Verträgen genügt im allgemeinen sein Leistungsverweigerungsrecht für den Fall, daß er vorzuleisten verpflichtet ist. Dieses würde aber in unserem Falle ohne Bedeutung sein, denn eine Vorleistungspflicht besteht nicht. Vielmehr hat der Gläubiger wegen der späteren höchstwahrscheinlichen Unmöglichkeit der Leistung des Gegners kein Interesse mehr am ganzen Vertrage. Im § 610 B. G. B. finden wir nun einen ähnlichen Fall: Derjenige, welcher sich verpflichtet hat, ein Darlehen zu geben, kann dieses Versprechen widerrufen, wenn er der begründeten Ansicht sein darf, daß er später das Darlehen nicht zurückgezahlt erhält. Analog wird unser Fall zu konstruieren sein: Derjenige, welcher eine zu leistende Verpflichtung übernahm, kann vom Vertrage zurücktreten, wenn er der begründeten Ansicht sein darf, daß in der Person des anderen Kontrahenten ein Fall der Unmöglichkeit der von diesem geschuldeten Leistung eintreten werde. Rücktritt statt des Widerrufsrechts ist deswegen anzunehmen, weil es sich beim Versprechen eines Darlehns nur um einen einseitig verpflichtenden Kontrakt handeln konnte.

Doch unterliegt diese Entscheidung, die wir vom Standpunkt der Billigkeit aus befürworten konnten, de lege lata schwerwiegenden Bedenken. Wie wir später zeigen werden, ist zunächst einmal die Regel der Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nicht die gleiche, wie bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften. Der Rückgabepflicht entspricht beim Darlehen die Vorleistungspflicht und gerade diese Vorleistungspflicht des Gläubigers ist durch Aenderung in den Vermögensverhältnissen des Schuldners aufgehoben. Da nun aber dem Darlehen, wenn es ein solches bleiben soll, die Vorleistung eigen-

tümlich ist, so konnte, wenn überhaupt eine besondere Regelung für den Fall der Vermögensverschlechterung des zukünftigen Darlehnsschuldners eintreten sollte, nur die Wirkungslosigkeit des pactum de mutuo dando konstruiert werden. Auch der bereits vorher genannte § 321 B. G. B. bezieht sich nur auf die Vorleistungspflicht bei gegenseitigen Verträgen. Daher kann von einer gesetzlichen Regelung der Verpflichtung bei indifferenter anfänglicher Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen keine Rede sein. Wir können demnach höchstens als stillschweigenden Inhalt des Vertrages die Rücktrittsmöglichkeit für den Fall der anfänglichen indifferenten Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen annehmen. Zu diesem Resultat kommen wir, wenn wir uns den Standpunkt vergegenwärtigen, den die Parteien einnehmen würden, wenn sie bei dem Vertragsabschluß gefragt worden wären, was sie gewollt hätten, wenn ein solcher Fall indifferenter Unmöglichkeit einträte.

Daß eine solche Frage nicht müßig ist, sondern wenigstens in gewissen außerordentlichen Fällen juristisch von Wichtigkeit ist, darüber vergleiche z. B. § 140 B. G. B. (Der Fall der Konversion.)

Wie gesagt, es würde sich um eine Ergänzungs- nicht Auslegungsregel handeln und eine solche ermangelt für unseren Fall der gesetzlichen Regelung, es sei denn, daß wir den allgemeinen § 157 B. G. B. in der oben angegebenen Weise verwerten.

Was nun die Unmöglichkeit der Leistung für den Fall der Rechtzeitigkeit angeht, so ist von ganz besonderer Bedeutung die Regelung, welche das Gesetz dem Fixgeschäft angedeihen läßt. Hier ist § 361 B. G. B. maßgebend. Ohne auf die Verschuldensfrage einzugehen, behandelt § 361 einfach die Tatsache, daß die aus dem Fixgeschäft geschuldete Leistung nicht rechtzeitig erfüllt wird, um hieraus die Rücktrittsmöglichkeit zu folgern. Kisch S. 19 sagt bezüglich der Fixgeschäfte: „Ist (nämlich) für die Erfüllung eine bestimmte Zeit wesentlich, innerhalb deren sie nicht erfolgen kann, so ist die Leistung, d. h. die zum festgesetzten Moment geschuldete Leistung in der Tat unmöglich, wenn auch das Hindernis nur vorübergehender Natur ist.“ Dies ist zwar im allgemeinen richtig, doch nicht ohne weiteres für jeden Fall. Zunächst hat § 361 B. G. B. nur von einer Berechtigung zum Rücktritt gesprochen. Das Rücktrittsrecht ist, wie Zitelmann sagt, „ein Recht des rechtlichen Könnens“, ein subjektives Recht, dessen Ausübung lediglich vom Willen des Berechtigten abhängt. Die Aufhebung der Obligation tritt also nicht ipso jure ein, sondern nur mit Ausübung des Rücktrittsrechts. Der Grund des Rücktrittsrechts könnte in der Unmöglichkeit der Leistung — und zwar wäre dieses so zu verstehen, daß der Gläubiger die Leistung als unmögliche behandeln dürfe, was in den

Fällen der sog. fingierten Unmöglichkeit der Leistung sehr häufig vorkommt, vgl. die §§ 251, 283, 326, 643 B. G. B. — oder im Verzuge liegen.

Mit anderen Worten, ohne weiteres bedarf es nicht der Unmöglichkeit der Leistung, um die Rechtsfolgen von § 361 B. G. B. zu erklären, sondern auch nur *schuldhafte* nicht rechtzeitige Leistung brauchte als vorhanden *angenommen* zu werden. Hierbei ist aber zu bemerken, daß *Verschulden* zum Verzug des Schuldners notwendig ist, da aber von einem Verschulden im § 361 B. G. B. nicht gesprochen wird, so ist m. E. wie auch im folgenden näher ausgeführt wird, die Zurückführung des Rücktrittsrechts des Gläubigers auf Verzug unmöglich. Ein Verschulden könnte allerdings darin liegen, daß der Schuldner eine Leistung unter allen Umständen zu der gegebenen Zeit versprochen hat, eine Art culpa in contrahendo.

Daß natürlich auch hier Unvermögen infolge des Treu- und Glaubensprinzips des § 242 B. G. B. eintreten kann, dürfte ohne weiteres zuzugeben sein. Aber die culpa in contrahendo ist nie dem Verschulden beim Verzuge gleichzustellen, letzterenfalls muß sie nach dem Abschluß des Rechtsgeschäfts liegen.

Sicher würde aber auch, wenn Unmöglichkeit als Grundlage für den § 361 B. G. B. anzunehmen wäre, der Gläubiger die Leistung überhaupt nicht mehr verlangen *können*, denn eine *unmöglich* gewordene Leistung kann nicht mehr bewirkt werden. Von einem Ausschlusse des Forderungsrechtes ist aber meines Erachtens beim Fixgeschäft keine Rede. Daß begrifflich der Ausschluß des Forderungsrechtes nicht in das Fixgeschäft hineingetragen werden *muß*, ist noch besonders beim Handelskauf im H. G. B. § 376 bestätigt, nach welchem der Gläubiger auf besondere Mitteilung an den Schuldner *nach Fälligkeit* noch die Leistung verlangen kann. Doch ist auch in diesem Falle das Vorliegen von Unmöglichkeit nicht ausgeschlossen.

Daß selbst *vor* Fälligkeit eingetretene Wahrscheinlichkeit der Unmöglichkeit von einschneidender Bedeutung sein kann, habe ich bereits oben nachzuweisen versucht. Jedenfalls ist aber beim Vorliegen des Fixgeschäftes darauf besonders Wert zu legen, daß eine spätere Leistung unter Umständen noch Erfüllung sein *kann* (vergleiche Kisch S. 19), dann nämlich, wenn der Gläubiger mit einer späteren Leistung noch zufrieden ist. Dieser Satz findet besonders darin seinen Ausdruck, daß der Gläubiger im Normalfalle noch die Leistung durch den Schuldner verlangen kann. Darum ist es auch meines Erachtens nicht richtig, wenn Kisch S. 19 Anm. 1 sagt: „Deshalb bewirkt hier schon die bloße Tatsache der nicht rechtzeitigen Leistung eine Unmöglichkeit. Letztere beruht

denn darauf, daß nicht zur Zeit erfüllt ist." Vielmehr ist meines Erachtens der Inhalt des Fixgeschäftes der, daß der Schuldner dem Gläubiger durch das Fixgeschäft ein Rücktrittsrecht eingeräumt hat, nicht aber, daß es sich um einen Fall echter Unmöglichkeit handelt.

Diese Anschauung finden wir im H. G. B. § 376 bestätigt, der für den Fall des Verzuges des Schuldners die besondere Rechtsregel aufstellt, daß der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen könne, also nur im Falle des Verschuldens des Schuldners. Was aber bezüglich der Behandlung der Fixgeschäfte für das schneidigere Handelsrecht gilt, das wird für das Gebiet des Bürgerlichen Gesetzbuches ebenfalls gelten müssen. Das Fixgeschäft untersteht demnach nur insoweit generell der Regel, daß verschuldete Unmöglichkeit der Leistung vorliege und auch nur dies insoweit, als der Gläubiger nicht erklärte, auf der geschuldeten Leistung bestehen zu wollen. Also nur für den Fall des Verschuldens ist die Regel von der schuldhaften Unmöglichkeit der Leistung anzuwenden, während ohne Vorliegen von Verschulden des Schuldners ein einfaches Wahlrecht des Gläubigers möglich ist, ob er zurücktreten oder Erfüllung verlangen wolle. Demnach erhalten wir folgende Entscheidung für das Gebiet des Handelskaufes, daß nur für den Fall verschuldeter nicht rechtzeitiger Leistung von seiten des Schuldners stets Unmöglichkeit als vorliegend anzusehen ist, falls nicht der Gläubiger sofort bei Fälligkeit dem Schuldner mitteilt, daß er Erfüllung verlange.

Ob dieses nun auch für das Bürgerliche Gesetzbuch gilt, mag im folgenden näher ausgeführt werden.

Die Unmöglichkeit kann, wenn sie beim Fixgeschäft überhaupt als vorliegend erachtet werden kann, nur entweder

1. eine effektive sein oder
2. fingiert werden.

Daß dem Fixgeschäfte nicht stets eine effektive Unmöglichkeit bei nicht rechtzeitiger Leistung innewohnt, ist bereits gesagt. Wo sie vorhanden ist, gelten auch, da keine Ausnahme gemacht ist, stets die gewöhnlichen Regeln. Ist aber die Unmöglichkeit nicht ohne weiteres gegeben, so kann es sich unter Umständen um einen Fall der fingierten handeln.

Von den später zu behandelnden Fällen der fingierten Unmöglichkeit der Leistung unterscheidet sich das Fixgeschäft dadurch, daß bei ihm die Frist- beziehungsweise Terminsbestimmung von vornherein beim Abschlusse des Vertrages durch Parteivereinbarung erfolgt, während sie hier bei der fingierten Unmöglichkeit der Leistung als nach Fälligkeit oder Versäumung vom Gegner einseitig diktierte Fristbestimmung auf-

tritt (vergleiche hierzu die §§ 250, 283, 326, 354 B. G. B.), und weiterhin dadurch, daß die Erklärung der Annahme oder Nichtannahme der etwa noch möglichen Leistung bei Ausübung des oben bereits erwähnten Wahlrechts erfolgt, während in den Fällen der fingierten Unmöglichkeit diese Erklärung zugleich mit der Fristbestimmung erfolgt.

Andererseits aber hat die fingierte Unmöglichkeit der Leistung große Aehnlichkeit mit dem Fixgeschäft insofern, als es auf die Frage des Leistenkönnens nur soweit ankommt, als es sich um Verschulden handelt. Es muß, wie ich später zeigen werde, bei der fingierten Unmöglichkeit der Leistung die Frage, ob der Gläubiger Schadensersatz verlangen kann, rechtlich vom Vorliegen von Verschulden abhängig sein. Und wir sehen auch, daß dies der Fall ist, so z. B. im § 250 B. G. B., wo ein Verschulden des Delinquenten im allgemeinen erfordert wird. (Eine einzige Ausnahme findet sich dort, wo für reinen casus gehaftet wird, vergleiche § 231 B. G. B.) Da es sich hier aber im allgemeinen um Verletzung von Personen oder Sachen handelt und bei diesen schon nach § 249 B. G. B. der Gläubiger die Wahl hat, ob er Schadensersatz in Geld oder Naturalrestitution verlangen will, da weiterhin durch Ausübung der Wahl die Spezialisierung der Wahlobligation eintritt, so scheint mir § 250 B. G. B. seine regelmäßige, wenn nicht ausschließliche Anwendung für den Fall des Verschuldens des Delinquenten zu finden. Ein weiterer deutlicher Beweis dafür, daß bei fingierter Unmöglichkeit Schadensersatzpflicht im Falle des Verschuldens eintritt, findet sich im § 283 Abs. 1 S. 3 und im § 326 B. G. B., in denen die Rechtsfolgen vom Verzug, d. h. von schuldhafter nicht rechtzeitiger Leistung trotz gehörig erfolgter Mahnung abhängig gemacht werden.

Nun ist aber trotz aller Aehnlichkeit der Unterschied zwischen der vertragsmäßigen vorherigen Vereinbarung beim Vertragsschlusse (beim Fixgeschäft) und dem einfachen dilatorischen Fristsetzen von seiten des Gläubigers (bei der fingierten Unmöglichkeit der Leistung) deutlich dem § 361 aufgeprägt.

Im Zweifel, also Auslegungsregel, sollen nämlich die Parteien zum Rücktritt berechtigt sein, wenn die Leistung des Gegners nicht rechtzeitig erfolgt. Diese Rechtsfolge ist bei vertragsmäßiger Fristsetzung absolut richtig, denn hier haben beide Parteien konsentierend abgeschlossen. Daß der Schuldner sich rigorosen Bestimmungen habe unterwerfen wollen, ist nicht ohne weiteres anzunehmen, so daß hier der mildere Rücktritt als durchaus praktisches Resultat erscheint. Dagegen ist bei der fingierten Unmöglichkeit es nur der Gläubiger, von dessen Vorgehen allein es abhängt, welches Recht dem Schuldner entstehen soll. Dabei sei bemerkt, daß unter Umständen, siehe das Wort „im Zweifel" des

§ 361 B. G. B., bei den Fixgeschäften auch ohne Vorliegen von Verschulden, falls nur die beiden Parteien beim Abschluß des Vertrages es gewollt haben, die Schadensersatzpflicht vorhanden ist. Dies würde vertraglich festgesetzter Haftung für casus entsprechen, oder kurz gesagt: „Der Schuldner soll die Gefahr kraft rechtsgeschäftlicher Vereinbarung tragen." Wann eine solche vorliegt, ist Tatfrage, nicht prinzipiell ausgeschlossen ist die Annahme einer stillschweigenden dahingehenden Vereinbarung, doch muß sich letztere aus dem ganzen Inhalt des Rechtsgeschäfts (Fixgeschäftes) ergeben. Die Rücktrittsmöglichkeit ist demnach beim Fixgeschäft nur das Minimum der sich aus demselben ergebenden Rechtsfolgen. Wir haben demnach aus § 361 B. G. B. folgende rechtlichen Möglichkeiten:

a) Verlangen der Leistung nebst eventuellem Verzugsschaden, der dann nicht ausgeschlossen erscheint. (Nach Handelsrecht § 376 gilt dies nur bei sofortiger Mitteilung an den Schuldner, daß man die Leistung trotzdem verlange.) Außerdem kann auch in diesem Falle Unmöglichkeit der Leistung vorliegen. Hier gelten dann die gewöhnlichen Regeln der Unmöglichkeit. (Crome, Band II S. 192.)

b) Im Zweifel Rücktrittsrecht.
   α) Falls die Vereinbarung weitergeht, eventuell Schadenersatz § 283 S. 2.
   β) Eine engere Vereinbarung, welche der Regel des § 361 nicht entspricht, läßt das Fixgeschäft nicht mehr als solches erscheinen, sondern bedeutet die einfache Hinzusetzung eines dies oder einer Frist.

c) Liegt Verschulden vor, dann hat der Gläubiger das Wahlrecht, ob er
   α) Schadensersatz wegen Nichterfüllung,
   β) Rücktritt vom Vertrage verlangen will, oder ob der Gläubiger
   γ) die Unmöglichkeit der Leistung als schuldlose behandeln will.

Wir finden demnach dieselben Rechtsfolgen für das Fixgeschäft im Falle des Verschuldens, wie bei gegenseitigen Verträgen im Falle der Unmöglichkeit aus § 325 B. G. B.

Daher scheint meines Erachtens die Wirkung des Fixgeschäftes konform den Rechtsfolgen der fingierten Unmöglichkeit zu sein, nur mit dem Unterschiede, daß der Gläubiger hier die Wahl haben soll, ob er Erfüllung des Rechtsgeschäftes verlangen will, oder aber ob er die Nichtleistung als unmöglich ansehen will.

Nunmehr gelangen wir zu der Beantwortung der Frage, wann im gegebenen Falle Unmöglichkeit, wann Verzug vorliegt.

Nach dem Gesetze unterscheiden wir:

α) Verzug des Schuldners.

β) Verzug des Gläubigers.

ad α: Verzug des Schuldners liegt vor bei *schuldhafter* nicht rechtzeitiger Leistung trotz gehörig erfolgter Mahnung. Doch gilt der Satz: dies interpellat pro homine. Die *einfache Verzögerung* der Leistung ohne Vorliegen von Verschulden führt nicht in allen Fällen irgendwelche Rechtsfolgen herbei. Es muß vielmehr noch eine besondere rechtlich wirksame Ursache zur Verzögerung hinzukommen, um solche Rechtsfolgen zu zeitigen und zwar entweder

1. eine besondere rechtsgeschäftliche Bestimmung, z. B. Vereinbarung einer Vertragsstrafe,[1]) des Rücktritts ꝛc. oder aber
2. eine gesetzliche Bestimmung, welche entweder
   a) die Verpflichtung zur Zinszahlung ohne weiteres bei gewissen Schuldverhältnissen vorschreibt, z. B. H. G. B. § 353 und B. G. B. §§ 452, 641 Abs. 2 oder
   b) die Rechtsfolgen erst an die Rechtshängigkeit des nicht rechtzeitig erfüllten Anspruchs knüpft. (Vergleiche die Wirkung der Rechtshängigkeit beim Sachbesitz, welche gleich der des nachträglich überkommenen schlechten Glaubens ist, sowie die Zinszahlungspflicht ꝛc.)

Tritt aber zur Verzögerung der Leistung Verschulden, *ohne daß Unmöglichkeit* vorliegt, so spricht man von Verzug. Die Handlung des Schuldners muß also an sich noch möglich sein. Weiterhin muß es sich beim Verzuge um ein Tun handeln, mit einem Unterlassen kann der Schuldner nicht in Verzug geraten. Nun hat Titze S. 41 den Verzug als teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Ansehung der Zeit konstruieren wollen und sich auf die §§ 280 Abs. 2, 286 Abs. 2, 325 und 326 B. G. B. zur Erhärtung seiner Ansicht berufen. Dies scheint mir nicht richtig zu sein. Denn wenn einmal zu einer fest bestimmten Zeit zu leisten war, so ist Unmöglichkeit, wie ich beim Fixgeschäft zeigte, im Regelfalle nicht eingetreten. Wieviel weniger kann bei normalem Verzuge von einer Unmöglichkeit die Rede sein, da nach dem Inhalte des Vertrages die spätere Erfüllung auch noch Erfüllung, nur nicht gleichwertige sein sollte, was sich gerade in den Verzugsfolgen äußert? Diese Ansicht, daß bei der nicht rechtzeitigen Leistung

[1]) Auch diese *kann* auf kasuelle Unmöglichkeit rechtzeitiger Leistung abgestellt sein. § 339 ist nicht zwingend.

im Falle des nicht Vorliegens eines zur festbestimmten Zeit zu erfüllenden Rechtsgeschäfts keine teilweise Unmöglichkeit vorliegt, wird dadurch weiter bestärkt, daß der Gläubiger Teilleistungen anzunehmen nicht verpflichtet ist, während er beim Verzuge, sofern nicht sein Interesse an der Erfüllung überhaupt verloren gegangen ist, noch die Leistung annehmen muß. Weiterhin müßte im Falle des § 472 B. G. B. bei dieser Sachlage die Minderung des Kaufpreises möglich sein, was direkt gegen das geltende Recht verstößt. Es ist demnach falsch, vom Verzuge als einer teilweisen Unmöglichkeit in Ansehung der Zeit zu reden. Anmerkungsweise sei erwähnt, daß das Bürgerliche Gesetzbuch nicht immer mit dem Ausdruck „Verzug" die von uns gegebene Definition meint, vergleiche z. B. § 339 S. 1 B. G. B., welcher bestimmt, daß die Vertragsstrafe verwirkt ist, wenn der Schuldner in Verzug kommt. [1])

Wenn wir nun so den Verzug des Schuldners leicht von der Unmöglichkeit der Leistung unterscheiden können, ist es schwieriger, den Unterschied zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Annahmeverzug des Gläubigers zu finden. Beim Annahmeverzug braucht nämlich eine Schuld auf seiten des Gläubigers nicht vorzuliegen. Man denke nur an den Fall, wo ein Hauslehrer einem Sohn Stunde geben soll. Der Sohn stirbt. Hier erhebt sich sofort die Frage, ob Unmöglichkeit oder Annahmeverzug vorliegt. Während der Vater behaupten wird, die Leistung sei dem Hauslehrer durch den Tod seines Sohnes schuldlos unmöglich geworden, wird der Hauslehrer darauf abstellen, daß er wohl in der Lage sei, den Unterricht zu erteilen, indessen der Hausvater infolge des Todes des Sohnes nicht in der Lage sei, diese Leistung anzunehmen, es liege infolgedessen Annahmeverzug vor. Dernburg § 75I plädiert für Unmöglichkeit der Leistung, Crome Band II § 163 S. 149 für Annahmeverzug.

Zunächst einmal sind meines Erachtens genau zu scheiden die Fälle bei denen der Gläubiger zur „Abnahme" oder „Annahme" kraft Gesetzes oder Rechtsgeschäfts verpflichtet ist. Insoweit ist der Gläubiger Schuldner, kann also auch zur Vornahme der Abnahme- oder Annahmehandlung, sowie (vergleiche § 375 H. G. B.) zur Vornahme der Spezifikation verurteilt werden. Andererseits ist aber darum nicht die Regel über den Annahmeverzug ausgeschlossen, vielmehr bleiben hier Annahme- und eventuell Leistungsverzug einträglich nebeneinander bestehen, so daß auch beim Nichtvorliegen von Verschulden die Regeln der §§ 293 ff. B. G. B. ohne weiteres zur Anwendung gelangen können.

---

[1]) Da hier auch eventuell der Fall verschuldeter Unmöglichkeit auf seiten des Schuldners mit betroffen wird. Vergleiche hierzu Crome, Band II § 178 S. 213 Anm. 22.

Wir haben es aber hier in unserem Falle [1]) nur mit dem Annahmeverzug zu tun. Bezüglich des letzteren ist nun meines Erachtens zu sagen, daß dieser Verzug jedesmal dann eintritt, wenn der Behinderungsgrund nicht in der Person des Schuldners liegt, daß also dann von Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners nicht gesprochen werden kann, wenn letzterer an sich zur Leistung imstande ist, d. h. in seiner Person kein Grund vorliegt, weshalb er nicht das von ihm Geschuldete leisten könnte. So z. B. ist es doch stets als Annahmeverzug anzusehen, wenn die Witwe des kurz vorher verstorbenen Mannes dessen beim Schneider bestellte Kleidungsstücke nicht annehmen will mit der Begründung, ihr Mann sei gestorben und so die Leistung des Schneiders unmöglich geworden. Daß nach der Verkehrsauffassung die Kleidungsstücke nur an den geliefert werden können, der sie bestellt hat, ist evident; ebenso sicher ist dann aber auch, daß diese Leistung gerade an die betreffende Person unmöglich geworden ist, nur liegt die Unmöglichkeit nicht auf seiten des Schuldners. Dieser kann leisten und will leisten, der Gläubiger, beziehungsweise sein Erbe, nimmt nur nicht in der im Vertrage vorausgesetzten Weise an, so daß also Annahmeverzug vorliegt. Das gleiche ist nun der Fall, beim Vorliegen von Modalitäten der Leistung, d. h. derjenigen Fälle, wo jemand dem Gläubiger eine Leistung versprach, welche ihrem ganzen Inhalte nach einem Dritten zu bewirken war, ohne daß letzterer ein Forderungsrecht erhielt, wie z. B. der oben angeführte Fall des Hauslehrers.

Endlich ist das gleiche zu sagen in den Fällen, in denen eine Leistung durch Vertrag zugunsten eines Dritten vereinbart war, wenn der Dritte ein direktes Forderungsrecht erhielt. Hier erhebt sich dann die außerordentlich weittragende Frage, wer im Annahmeverzuge ist, wenn sowohl Versprechensempfänger, wie der Dritte zu fordern berechtigt waren. Meiner Ansicht nach kommt nur der Versprechensempfänger in Annahmeverzug, falls der Dritte nicht annehmen will. Denn nach § 333 B. G. B. gilt das Recht des Dritten als nicht erworben, wenn dieser das aus dem Vertrage erworbene Recht dem Versprechenden gegenüber zurückweist. Die Frage nach Unmöglichkeit oder Annahmeverzug ist also meines Erachtens nur aus der Person des Versprechenempfängers, nicht des Dritten zu lösen. Bezüglich des Annahmeverzuges können wir daher die Regel aufstellen, daß Unmöglichkeit der Leistung dann nicht vorliegt, wenn der Schuldner nicht durch einen in seiner Person liegenden Grund an der Leistung behindert ist. Der Gläubiger trägt die Gefahr der sonstigen Zufälle.

---

[1]) Gemeint ist der oben erwähnte Fall vom Hauslehrer und Vater.

Dies hat der Gesetzgeber auch klar dadurch ausgedrückt, daß es auf ein Verschulden auf seiten des Gläubigers beim Annahmeverzuge gar nicht ankommt, es genügt die Tatsache der Nichtannahme. Unmöglichkeit der Leistung liegt aber vor, wenn auch der Schuldner die ihm obliegende Leistung, soweit seine Person in Frage kommt, nicht leisten könnte, es genügt schon, wenn der Schuldner nur einen Teil der Leistung nicht bewirken kann, um den Annahmeverzug des Gläubigers zu verneinen und Unmöglichkeit der Leistung anzunehmen. Ob nun in einem solchen Falle vollkommene oder nur teilweise Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, ist nicht so ohne weiteres zu entscheiden. Dieses hängt davon ab, ob der Gläubiger im gegebenen Fall Teilleistungen anzunehmen verpflichtet wäre, normalerweise ist er dazu nicht verpflichtet. Vergleiche § 266 B. G. B., [1]) im übrigen vergleiche im folgenden die Lehre von der vollkommenen und teilweisen Unmöglichkeit der Leistung. Teilweise Unmöglichkeit ist bereits im allgemeinen gestreift worden. Sie ist natürlich nur möglich, wenn die Leistung an sich teilbar ist und müßte eigentlich konsequent heißen „Unmöglichkeit eines Teiles der Leistung". Die besonderen Regeln dieser Unmöglichkeit schließen sich eng an die der vollkommenen an, so daß hier nur auf ihr Vorkommen hingewiesen zu werden braucht.

Auch mangelhafte Leistung kann an sich Unmöglichkeit involvieren, ob aber der Fall der mangelhaften Leistung stets Unmöglichkeit bedeutet, ist zu untersuchen.

Auszuscheiden ist der Fall, wenn die mangelhafte Leistung in Kenntnis ihrer Mangelhaftigkeit ohne Vorbehalt der Rechte als Erfüllung angenommen wird. Nun sehen wir bei Mängeln der Sache beim Kaufvertrage, daß hier der Käufer die Wahl hat, ob er die mangelhafte Leistung als schuldlos unmögliche gelten lassen will, oder ob er mindern will. Der Fall, daß der Verkäufer arglistig Mängel der Sache verschweigt, beziehungsweise die Abwesenheit von Mängeln zusichert, ist als Fall schuldhafter Unmöglichkeit anzusehen und berechtigt als solcher zum Schadenersatz, beziehungsweise Wandelung oder Minderung. Mangelhafte Leistung wird dann noch nicht ohne weiteres wie eine unmögliche zu behandeln sein.

Wenn nun in all diesen Fällen der Schuldner nicht leisten will, obschon er kann, so wird der Gesetzgeber im allgemeinen es doch dem Gläubiger, der nicht weiß, aus welchem Grunde der Schuldner nicht leistet, ermöglichen, eine definitive Entscheidung auch ohne klageweises

[1]) Berechtigung des Schuldners zu Teilleistungen: 1) Beim Teilurteil, 2) bei der Aufrechnung, 3) bei Wechselschulden, Artikel 38, 98, 4) Im Konkurs § 162 K. O., 5) bei Zwangsvollstreckungen.

Vorgehen herbeizuführen, nämlich dadurch, daß er dem Schuldner eine Frist setzt, nach deren Ablauf er die Annahme der Leistung verweigern werde. Er kann dann nach unbenutztem Ablauf dieser Frist durch den Schuldner Schadenersatz wegen Nichterfüllung, nicht aber die Leistung verlangen. Die Fälle der fingierten Unmöglichkeit der Leistung sind folgende §§ 250, 283, 326, 354, 542, 643 B. G. B. [1])

Was nun die einzelnen Arten der Unmöglichkeit betrifft, so unterscheiden wir zunächst subjektive und objektive Unmöglichkeit der Leistung. Subjektiv unmöglich ist die Leistung dann, wenn zwar der Schuldner dieselbe nicht zu bewirken in der Lage ist, ein dritter aber die Leistung bewirken könnte. Vergleiche jedoch Crome S. 34 Anm. 16: Gewöhnlich wird gesagt, es komme darauf an, ob ein anderer als der Schuldner die Leistung vollziehen könne. Dieses trifft keineswegs alle Fälle. Es wäre vielmehr der auch von Oertmann S. 80 angegebene Zusatz zu machen, daß ein Dritter beim Unvermögen nicht notwendig müsse leisten können, vielmehr ein Dritter, der „an Stelle des Schuldners in seine allgemeine typische Leistungslage versetzt gedacht würde", die Leistung bewirken könnte. Hierdurch wird nun die objektive Unmöglichkeit der Leistung insoweit modifiziert, als nicht jede von niemandem zu bewirkende Leistung als objektiv unmöglich erscheint, vielmehr dieselbe sehr wohl nur subjektiv unmöglich sein kann. Wenn z. B. mein Anwalt kurz vor der Verhandlung infolge eines Blutsturzes schwer erkrankt ist, so tritt Unvermögen, nicht Unmöglichkeit ein, trotzdem es keinem anderen Anwalt möglich ist, nunmehr ohne irgend eine Vollmacht — und da ich von der Erkrankung meines Vertreters nichts weiß, ist eine solche Vollmachtsgebung undenkbar — als mein Vertreter aufzutreten.

Während also die objektive Unmöglichkeit ihren Grund in der Unmöglichkeit der Leistung an und für sich hat, hat die subjektive Unmöglichkeit ihren Grund in der Person des Schuldners, und zwar insoweit, als das Unvermögen zur Leistung sich nicht aus dem Leistungsinhalt selbst, sondern aus den persönlichen Verhältnissen des Schuldners ergibt, selbst dann, wenn zufällig auch jedermann sonst die Leistung unmöglich wäre.

Es läßt sich nun nicht immer klar bestimmen, ob die Unmöglichkeit der Leistung in ihr selbst liegt, oder in den besonderen Beziehungen

[1]) Kurz sei hier erwähnt, daß bezüglich der obigen Fälle zwei Ansichten einander gegenüberstehen, nämlich 1) daß die Rechtsfolgen der §§ 283 usw. sich aus dem mangelnden Interesse des Gläubigers an der Leistung im Falle des Schuldverzuges erklären lassen, oder 2) daß eben eine fingierte Unmöglichkeit der Leistung vorliege, d. h. es wird die „Unmöglichkeit" fingiert, nicht das „Verschulden", Beweis § 283 B. G. B. Satz 3. Der letzteren Ansicht gegen den Vertreter der ersteren ist Romeick. Sowohl Oertmann wie Planck, Crome sind zweifelhaft.

und in den persönlichen Verhältnissen des Schuldners. So ist es beispielsweise sehr schwierig, zu sagen, ob beim Verkauf einer nicht existierenden Forderung objektive Unmöglichkeit oder Unvermögen vorliegt. Ihering (Jahrbücher, Band 4 S. 70) stimmt für subjektive Unmöglichkeit, da die Person des Schuldners, an welcher sich die Obligation klammere, vorhanden wäre und er an sich auch die Leistung bewirken könne. Sei überhaupt eine Person oder Sache da, welche an sich geeignet wären, mit der Obligation belastet zu sein, so z. B. bei Bestellung einer Servitut auf einem fremden Grundstück, so liege subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor.

Dem widerstreitet Bechmann (Der Kauf Band II § 239), indem er ausführt, daß die nicht existierende Forderung ein juristisches Nichts sei, also objektive Unmöglichkeit vorliege. Die Motive Band II S. 177 behandeln den Fall als subjektive Unmöglichkeit der Leistung.

Wir unterscheiden auch hier zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit der Leistung, insbesondere von folgenden Gesichtspunkten aus: Ist der Inhalt der Leistung an sich unmöglich, so z. B. ich verkaufe ein Patent, was garnicht existiert beziehungsweise zur Existenz kommt, und welches, wenn es wirklich entstände, jedenfalls mir nicht zustehen würde, so liegt objektive, nicht subjektive Unmöglichkeit vor. Ist aber der Gegenstand, auf den die Obligation in ihrem Endzweck hinausläuft, vorhanden, so z. B. ich zediere eine Geldforderung, die mir gegen einen Schuldner gar nicht zusteht, so liegt meines Erachtens subjektive Unmöglichkeit der Leistung vor. Ich gebe zu, daß diese Entscheidung eine direkte Stütze im Gesetz nicht hat und sonst auch wohl noch nicht vertreten ist. Meines Erachtens würde aber eine Möglichkeit, daß die Forderung gegenüber dem Schuldner bei einem Dritten als Gläubiger existiert, genügen, um wenigstens die Regeln des Unvermögens anzuwenden. So auch das Gesetz, indem bei Verkauf einer Forderung der Verkäufer nur für Mängel im Recht, nicht für Mängel des Objektes haftet. Das Objekt muß hier also in Existenz gedacht werden, sonst könnte von einem Mangel im Recht keine Rede sein.

Wenn auch die Regeln der subjektiven Unmöglichkeit nicht direkt in einem solchen Falle anwendbar sein mögen, so sind sie meines Erachtens analog anzuwenden, während bei Gegenständen deren Existenz unter den obwaltenden Verhältnissen undenkbar ist, objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist.

An sich ist auch die Nichtleistung der Gattungsschuld infolge Nichtkönnens dem sogenannten Unvermögen zu subsumieren, untersteht aber besonderen Regeln, d. h. dies Unvermögen wirkt im allgemeinen gar nicht

auf die Obligation ein. Vergleiche hierzu Kisch S. 112. Bei Gattungsobligationen haftet der Schuldner, ohne Rücksicht auf ein etwaiges Verschulden und ohne besondere Uebernahme der Gefahr (Kisch weist hiermit die Verschuldens- und Garantietheorie zurück), schlechterdings für sein Unvermögen der Leistung. Es liegt hier also einer der Fälle vor, in denen die Rechtsordnung dem Einzelnen einen unverschuldeten Schaden zurechnet. Ueber das Nähere betreffend die Gattungsschulden wird später die Rede sein.

Objektiv unmöglich ist die Leistung dann, wenn sie von niemandem, nicht nur nicht vom Schuldner bewirkt werden kann und dieses nicht auf rein persönliche Eigenschaften und Verhältnisse des Schuldners zurückzuführen ist. Nachträgliches Unvermögen und nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung sind in ihren Rechtsfolgen einander gleichgesetzt, während vorgängige Unmöglichkeit und Unvermögen Unterschiede in der rechtlichen Behandlung aufweisen.

Ein weiterer Unterschied ist der zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit der Leistung. Anfängliche Unmöglichkeit der Leistung bedeutet, die Unmöglichkeit ist vorhanden zur Zeit des Vertragsabschlusses, nachfolgende Unmöglichkeit, sie ist eingetreten nach dem Vertragsabschlusse.

Sehr wichtig ist hier die Erörterung der Frage, welche Unmöglichkeit der Leistung vorliegt, wenn ein bedingtes Rechtsgeschäft abgeschlossen ist und die Unmöglichkeit zwar nach Abschluß des Rechtsgeschäfts, aber vor Eintritt der Bedingung eingetreten ist. Die gleiche Unsicherheit ergibt sich bei betagten Rechtsgeschäften, wenn zwischen Geschäftsabschluß und Eintritt des Termins die Leistung unmöglich wird.

Ein Argument für die Ansicht, daß die zwischen Vertragsabschluß und Eintritt der Bedingung fallende Unmöglichkeit als nachträgliche zu behandeln ist, finden wir im § 160 B. G. B. Der bedingt Berechtigte kann im Falle des Eintritts der Bedingung vom anderen Teile Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen, falls der bedingt Verpflichtete während der Schwebezeit das von der Bedingung abhängige Recht durch sein Verschulden beeinträchtigte oder vereitelte. Diese Regel entspricht durchaus der für den Fall *nachträglicher* schuldhafter Unmöglichkeit der Leistung gegebenen Vorschrift aus § 280 B. G. B.

Des weiteren zeitigt ein bedingt abgeschlossener Vertrag auch schon vor Eintritt der Bedingung Rechtsfolgen. Die in der Schwebezeit eingetretene Unmöglichkeit kann diese bereits entstandenen Rechtsfolgen, so z. B. die rechtliche Gebundenheit, nicht ungeschehen machen, sie kann wohl ex nunc, d. h. mit dem Eintritt der Unmöglichkeit, jede weitere Rechtsfolge ausschließen, sie kann den bedingt abgeschlossenen Vertrag

also gar nicht nichtig machen, wie § 306 B. G. B. ergeben würde, nach welchem der auf eine unmögliche Leistung gerichtete Vertrag nichtig sein soll.

Endlich ist der Vertrag zur Zeit seines Abschlusses auf eine durchaus mögliche Leistung gerichtet gewesen. Der Vertragsabschluß war doch bereits erfolgt, wenn auch noch nicht „perfekt" im römisch rechtlichen Sinne. (Perfekt ist meines Erachtens mit „erfüllungsfertig" zu übersetzen, daher sind auch die drei Ausnahmen von der römischen Regel, daß mit dem Kaufabschlusse die Gefahr auf den Käufer übergeht, nämlich: Beim suspensiv bedingten Spezieskauf, bei der emtio ad mensuram und beim genus Kauf nicht Ausnahme von der Regel des Gefahrübergangs bei der perfecta emtio, sondern bedeuten vielmehr diese Regel selbst.) Diese Unmöglichkeit der Leistung ist demnach nachträglich eingetreten.

Endlich ist als Argument auch § 308 B. G. B. heranzuziehen: „Würde eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritte der Bedingung oder des Termins gehoben wird."

Ist demnach in der Schwebezeit die Unmöglichkeit gehoben worden, so ist der Vertrag gültig. Tritt nunmehr wieder Unmöglichkeit ein, so ist diese doch sicher eine nachträgliche gewesen.

Nun wäre aber nicht zu erklären, weshalb ein unter einer Bedingung abgeschlossener Vertrag, dessen Leistung zur Zeit des Abschlusses möglich war, bei Unmöglichkeit anders behandelt werden sollte. Aus diesen Ausführungen ergibt sich meines Erachtens als Regel, daß bei der in der Schwebezeit, zwischen Vertragsabschluß und Eintritt der Bedingung eintretenden Unmöglichkeit, dieselbe als „nachträgliche" anzusehen ist.

Ganz anders ist die Frage zu beantworten bei der Abhängigkeit des Vertrages von einer Genehmigung. Allerdings ist hier zu unterscheiden die Genehmigung als

α. gesetzliches Erfordernis,

β. vertraglich vereinbartes Erfordernis. Diese letztere Genehmigung entspricht durchaus der Suspensivbedingung.

Es bleibt demnach nur übrig, die Genehmigung zu α mit Bezug auf die inzwischen eintretende Unmöglichkeit der Leistung zu untersuchen. Ein gesetzlich genehmigungsbedürftiges Rechtsgeschäft ist ein „schwebendes", nicht ein „bedingtes" Rechtsgeschäft. Dieses ergibt sich aus der Gegenüberstellung der §§ 161 und 184 Abs. 2 B. G. B., dann weiterhin aus den §§ 158, 184 Abs. 1 B. G. B., endlich aus der Un-

anwendbarkeit des § 162 B. G. B. auf die genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfte. Bei der Genehmigung ist also die Entstehung des Vertrages noch in der Schwebe. Ist daher zwischen dem Abschluß des genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts und dem Eintritt der Genehmigung die Unmöglichkeit eingetreten, so liegt anfängliche, nicht nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung vor.

Ein weiterer Unterschied in der Unmöglichkeit ist der zwischen zu vertretener und nicht zu vertretener Unmöglichkeit der Leistung. Dieser Unterschied hat für die anfängliche Unmöglichkeit vielleicht Bedeutung, sicher aber für die nachfolgende.

Was zu vertreten ist, das ergibt sich aus den einzelnen Rechtsgeschäften. Im allgemeinen ist jedes Verschulden zu vertreten und zwar nicht nur das eigene, sondern auch das des Erfüllungsgehilfen gemäß § 278 B. G. B. Wichtig ist, daß ein Exkulpationsbeweis von seiten des sich des Erfüllungsgehilfen Bedienenden unmöglich ist und weiterhin, daß in diesem einzelnen Falle das pactum de dolo non praestando, falls es sich um den dolus des Erfüllungsgehilfen handelt, zulässig ist.

Ein weiterer Unterschied ist der zwischen vollkommener und teilweiser Unmöglichkeit der Leistung.

Diese inhaltlichen Unterscheidungen unter den Unmöglichkeiten gewinnen nun Leben und praktische Bedeutung, wenn wir sie für die einzelnen Rechtsgeschäfte näher beleuchten.

Hier treten uns drei Hauptkategorien entgegen, nämlich:

1. Die anfängliche Unmöglichkeit bei allen möglichen Rechtsgeschäften.
2. Die nachfolgende Unmöglichkeit bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften, sowie bei den contractus bilaterales inaequales.
3. Die nachfolgende Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen, d. h. dem contractus bilaterales aequales. [1])

Daß im § 306 nur an eine anfängliche Unmöglichkeit der Leistung gedacht sein kann, ergibt sich aus der Gegenüberstellung mit dem § 275 B. G. B. Auf den Grund dieser Unmöglichkeit kommt es nicht an, selbst dann nicht, wenn vor Vertragsabschluß der eine Vertragsgegner die Leistung zu einer objektiv unmöglichen gemacht haben sollte. Der Vertrag ist nichtig. Ueber das von der einen Partei zu erstattende negative Vertragsinteresse soll später gesprochen werden.

---

[1]) Zu Punkt 1: Bei anfänglicher objektiver Unmöglichkeit der Leistung tritt gemäß den §§ 306, 307 B. G. B. Nichtigkeit des Vertrages ein. Impossibilium nulla obligatio. Vergleiche l. 18. 5 D. d. R. j. a. 50. 17.

Weiterhin liegt eine anfängliche objektive Unmöglichkeit der Leistung dann vor, wenn die Sache, auf welche sich der Vertrag bezieht, dem Verkehr allgemein durch Rechtssatzung entzogen ist oder wenn sie dem Verkehr gerade in der im Vertrage gewollten Hinsicht entzogen wurde, z. B. ich vermiete ein Zimmer, welches nicht das von der Behörde festgesetzte Mindestraumverhältnis hat, oder ich verkaufe die Leiche meines Verwandten an einen Arzt zum Zwecke des Sezierens. Im ersten Falle handelt es sich um eine Beschränkung des Verkehrs nur in gewisser Hinsicht. Die Vermietung des Zimmers ist und bleibt an sich möglich, nur nicht zu Wohnungszwecken, während die Leiche generell dem Verkehr entzogen erscheint.

Die §§ 306 ff. B. G. B. beziehen sich nominell nur auf Vertragsobligationen. Welche Regeln gelten aber, wenn ich im Wege der Auslobung einen in Deutschland geborenen weißen Elefanten verspreche, oder wenn in einer Schuldverschreibung auf den Inhaber in ähnlicher Weise eine anfänglich objektiv unmögliche Leistung versprochen wird?

Sollte in diesem Falle auch etwa das Versprechen nichtig sein? Im Entwurf I war die analoge Anwendung der Regel des jetzigen § 306 B. G. B. auf obige Fälle besonders vorgeschrieben. In Ermangelung einer Bestimmung ist auf den Grund der Gesetzesvorschrift zu gehen. Daß der Gesetzgeber sehr wohl an dieser Stelle auch an die Möglichkeit der Entstehung von Obligationen gedacht hat, ohne daß ein Vertragsabschluß stattgefunden hat, geht klar aus dem gerade vorhergehenden § 305 B. G. B. hervor. Er hat also jedenfalls die Regelung der Wissenschaft vorbehalten wollen. Nun ist aber nicht abzusehen, warum der durch einseitigen Akt sich Verpflichtende schwerer haften soll, als derjenige, welcher auf Grund eines Vertrages eine solche Verpflichtung eingeht. Der Grund, daß es sich gerade bei den obigen beiden Rechtsgeschäften um eine Verpflichtung, eine sei es von vornherein, (bei der Auslobung) sei es successive (bei der Inhaberschuldverschreibung) unbegrenzter Personenkreise handelt, ist nicht geeignet, eine schwere Haftung zu begründen. Stutzig macht aber, daß der Gesetzgeber in einem weiteren Falle, nämlich dem des § 2171 B. G. B. für das Vermächtnis analoge Bestimmungen zum § 308 B. G. B., getroffen hat. Dieser richtet sich von vornherein nur an eine bestimmte Person, die leisten, beziehungsweise die Leistung empfangen soll. Die Entscheidung liegt auch nicht darin, daß eine erschwerte Haftung aus der Natur der Auslobung oder der Inhaberschuldverschreibung gefolgert werden könnte. Denn der Auslobende kann ja jederzeit bis zur Herbeiführung des Erfolges die Auslobung widerrufen, während bei einer vertraglichen Festsetzung eines Preises oder Lohnes für den Fall des Eintritts eines Erfolges nor-

malerweise nicht widerrufen werden kann. Hat nun inzwischen jemand die Herbeiführung des Erfolges soweit vorbereitet, daß er ihn in der Zukunft sicher erlangt, so kann er, falls der Auslobende widerruft, für die aufgewandte Mühe und Arbeit gar nichts verlangen. Hieraus ist zu schließen, daß eine stärkere als die vertragliche Haftung auf keinen Fall bei der Auslobung gewollt ist. Dasselbe ist zu sagen im Falle der Schuldverschreibung auf den Inhaber. Denn die Verpflichtung aus der Schuldverschreibung ähnelt im allgemeinen der vertraglichen Verpflichtung, nur daß die Verdinglichung durch das Einwirken des Rechtes am Papier für die Forderung erleichterte Zessionsbedingungen schafft. Normalerweise liegt doch auch beim Inverkehrtreten der Schuldverschreibung auf den Inhaber ein Vertrag vor, geschlossen zwischen dem Aussteller und dem Gläubiger.

Daß auch noch in sonstiger Weise, infolge der im § 793 B. G. B. eingeführten, der Kreationstheorie entsprechenden Bestimmungen jemand Gläubiger werden *kann*, hat nur für den Erwerb des Gläubigerrechts Bedeutung, nicht aber für die Haftung des Schuldners. Daß ferner dem gutgläubigen Erwerber nur Einwendungen aus dem Papier entgegengesetzt werden können, liegt eben an der Abhängigkeit des Rechtes aus dem Papier von dem Rechte an dem Papier. Die einfache Uebergabe des Papiers soll genügen, um die Rechte aus dem Papier geltend zu machen. Darum kann es auch nur das im Papier verbriefte Recht sein, an sich behält aber die Obligation dieselben Eigenschaften wie jede andere, sie verjährt, die allgemeinen Verzugsregeln, die Lehre von der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung, sie alle finden Anwendung. Hiernach dürfte doch auch eine analoge Anwendung von den §§ 306 ff. B. G. B. geboten sein. Nur eine Einschränkung möchte ich für den Fall der Auslobung machen, nämlich insoweit es sich um § 307 B. G. B. handelt. Hier halte ich in Hinblick darauf, daß der Auslobende jeden Augenblick bis zur Herbeiführung des Erfolges die Auslobung widerrufen kann, und dann demjenigen, der einen Erfolg herbeizuführen bestrebt war, ein Ersatz seines Vertrauensschadens nicht zusteht, die Anwendung von § 307 B. G. B. für ausgeschlossen. Ich glaube nämlich generell das negative Interesse bei der Auslobung verneinen zu müssen. Anders liegt es bei Inhaberschuldverschreibungen. Bei letzteren ist meines Erachtens auch die Anwendbarkeit von § 307 B. G. B. im Gegensatz zu Mathias I S. 302 anzunehmen.

Die Unmöglichkeit der Leistung steht der Gültigkeit des Vertrages nicht entgegen, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann und der Vertrag für den Fall geschlossen ist, daß die Leistung möglich wird, § 308 Abs. 1 B. G. B. Der Vertrag ist also im konkreten Falle

unter der Bedingung der Möglichkeit der Leistung geschlossen. Auf diese Bedingung finden die gewöhnlichen Regeln der §§ 158 ff. B. G. B., insbesondere die des § 162 B. G. B. Anwendung, daß die Hinderung des Eintritts der Bedingung wider Treu und Glauben die Bedingung als eingetreten erscheinen läßt. Im übrigen ist hier sowohl bei der Auslobung, wie bei den Inhaberschuldverschreibungen, weil sie Obligationen sind, bei denen es weniger auf den Zeitpunkt des Eingehens der Verpflichtung, als den der Fälligkeit (bei der Auslobung) beziehungsweise den der Vorzeigung der Schuldverschreibung zum Zwecke der Einlösung ankommt, meines Erachtens diese Bedingung stillschweigend anzunehmen. Ist bei diesen Obligationen nachträglich die objektive Unmöglichkeit behoben worden, so ist meines Erachtens der Schuldner verpflichtet, denn daß bei der Auslobung der Zeitpunkt der Herbeiführung des Erfolges für die Möglichkeit der Leistung maßgebend ist, geht daraus hervor, daß erst der Eintritt des Erfolges in Verbindung mit der einseitigen Auslobung irgendwelche Verbindlichkeiten für den Schuldner zu schaffen vermag. Mit anderen Worten, der Eintritt des Erfolges ist Bedingung für das Entstehen des Anspruchs. Inzwischen ist der Anspruch auch nicht als bedingter vorhanden, sodaß erst die Handlung, die Herbeiführung des Erfolges als rechtsverpflichtender Akt erscheint. Wenn anders das Versprechen als ein ernstliches aufgefaßt werden soll, wird es auch für den Fall, daß die Unmöglichkeit der Leistung gehoben wird, als bindend anzusehen sein. Bei den Inhaberschuldverschreibungen ist meines Erachtens ein Zeitpunkt der Verpflichtung des Schuldners nicht festzustellen, wenigstens nicht der Zeitpunkt, wann er gerade diesen Gläubiger, der sie in Händen hat, verpflichtet. Für den Gläubiger mußte aber der Zeitpunkt maßgebend sein, wo er berechtigt war, denn in dem § 306 ff. B. G. B. fällt Berechtigung und Verpflichtung in einem Moment zusammen. Man bedenke nur, wenn der Gläubiger eine Schuldverschreibung annimmt, in welcher, wie er sicher weiß, eine jetzt mögliche Leistung versprochen wird, und nun würde der Schuldner kommen und sagen, zur Zeit als ich versprach, war sie objektiv unmöglich. Die Replik: „Nicht aber zur Zeit, als ich berechtigt war" würde sicherlich eben soviel Berechtigung haben; gegen den Sinn der §§ 306 ff. B. G. B. würde diese Regelung nicht verstoßen. Da nun aber der Zeitpunkt der Uebergabe der Urkunde durch einen Dritten an den jetzigen Gläubiger nicht fest bestimmt ist, scheint es mir richtiger zu sein, die Lehre von der nachträglich geheilten objektiven Unmöglichkeit der Leistung an den Zeitpunkt der Vorzeigung der Schuldverschreibung zum Zwecke der Einlösung zu knüpfen, da erst in diesem Augenblicke normalerweise Gläubiger und Schuldner als berechtigt,

beziehungsweise verpflichtet einander erkennen und gegenüberstehen. Nicht behaupte ich hier bei der Inhaberschuldverschreibung, daß die zur Zeit der Ausstellung der Urkunde vorhandene Unmöglichkeit der Leistung gar nicht *rechtswirksam* gewesen sei, ich behaupte nur, daß analog dem § 308 B. G. B. hier eine stillschweigende Bedingung anzunehmen ist, derart, daß der Schuldner beim Möglichwerden der Leistung verpflichtet sein soll. Die tiefere Untersuchung, ob nicht gerade in der Kreationstheorie eine Bestätigung meiner Ansicht liegt, würde zu weit führen, ich will nur bemerken: Wenn ich sage: „Ich will jedem Inhaber dieser Urkunde nach Maßgabe meines Versprechens verpflichtet sein", so habe ich in der Urkunde sofort auf einen späteren, vorläufig noch unbestimmten Gläubiger abgestellt, gerade ihn, den Vorzeiger, habe ich im Auge; die Durchgangsstationen sind mir gleichgültig.

Nicht gegen meine Ansicht spricht § 796 B. G. B., da ich eine *stillschweigende Bedingung* annehme, daß, falls bis zum Zeitpunkt der Vorzeigung die Leistung möglich würde, der Aussteller verpflichtet sein wird. Nicht gegen mich spricht § 308 B. G. B., bei dem offenbar daran gedacht ist, daß *beide* Vertragsparteien die objektiv unmögliche Leistung *kennen* und nun darauf abstellen, daß der Vertrag gültig bleiben solle, wenn die Unmöglichkeit gehoben werden kann. Denn es kommt auf den Verpflichtungswillen an, und den hat der Schuldner bei der Inhaberschuldverschreibung direkt auf den *Vorzeiger zum Zwecke der Einlösung* bezogen.

Endlich bestimmt nun § 308 Abs. 2 B. G. B.: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer anderen aufschiebenden Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Unmöglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des Termins gehoben wird." Dieser Paragraph ist analog besonders zur Beurteilung der Auslobung und der Schuldverschreibung auf den Inhaber heranzuziehen. Denn hier ist direkt gesagt, daß, wenn die Leistung vor Fälligkeit noch möglich wird, der Vertrag noch gültig sein soll, trotz der im Anfang bestehenden Unmöglichkeit der Leistung. Die Fälle des § 308 Abs. 2 B. G. B. im Gegensatz zu § 308 Abs. 1 B. G. B. sind diejenigen, bei welchen entweder die Parteien gar nicht an die Unmöglichkeit gedacht haben, oder aber zwar daran gedacht haben, sich aber in dem Glauben befanden, daß die Unmöglichkeit bei dem Eintritt der Bedingung und des Anfangstermins behoben sein würde. Eine solche Meinung kann also dem Auslobenden und dem Schuldner aus einer Schuldverschreibung sehr wohl beigelegt werden, sodaß auch § 308 Abs. 2 B. G. B. als Stütze für meine Ansicht zu verwenden ist.

Ist nun die Leistung von Anfang an nur teilweise unmöglich, so ist einfach die Regel des § 139 B. G. B. in Anwendung zu bringen, kraft deren das Rechtsgeschäft gültig ist, wenn anzunehmen ist, daß es auch ohne den nichtigen Teil abgeschlossen sein würde. Bliebe nun bei Anwendung des § 139 B. G. B. das Rechtsgeschäft gültig, so wäre meines Erachtens die eventuelle Gegenleistung im Verhältnis des gültigen Teiles zu dem nichtigen herabzusetzen.

Die anfängliche objektive Unmöglichkeit der Leistung einer von mehreren alternativ geschuldeten Leistungen läßt die Beschränkung auf die möglichen eintreten und zwar dergestalt, daß die anfänglich unmögliche Leistung den Vertrag insoweit nichtig macht. Nicht kann, wie Titze S. 224 meint, beim nachträglich erfolgenden Eintritt der Unmöglichkeit sämtlicher übrigen Leistungen oder beim Verschulden der Unmöglichkeit auch nur einer Leistung durch den wahlberechtigten Teil auf die anfänglich objektiv unmögliche Leistung zurückgegriffen werden.

Wenn nun auch die anfänglich objektive Unmöglichkeit den Vertrag nichtig macht, so kann doch wegen culpa in contrahendo unter Umständen das negative Vertragsinteresse zu ersetzen sein, dann nämlich, wenn der eine der beiden Kontrahenten die anfänglich objektive Unmöglichkeit kennt oder kennen muß. Die Haftung für culpa in contrahendo entspricht einer abgeschwächten actio doli, nicht Ersatz des ganzen Schadens, sondern nur desjenigen, den der andere Teil dadurch erlitt, daß er auf die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts vertraute. Die Haftung ist demnach, wie ich mit Endemann Band I S. 553, Planck Band II S. 80, Oertmann S. 80 annehme, keine kontraktliche, sondern eine Haftung ex lege. Daraus folgt nun aber nicht ohne weiteres, daß auch dort, wo kontraktlich nur für culpa lata beziehungsweise culpa quam suis gehaftet wird, stets eine Haftung für jede Fahrlässigkeit im Falle der culpa in contrahendo eintritt. Ebenso denkt Crome Band II S. 160 Anm. 15: „Im Falle der Schenkung muß die Unkenntnis des Schenkers auf grober Fahrlässigkeit beruhen." Hatte einer der Vertragschließenden arglistig um den anderen an seinem Vermögen zu schädigen in Kenntnis der anfänglich objektiven Unmöglichkeit der Leistung kontrahiert, so ist § 826 B. G. B. durchaus anwendbar.

Ueber die anfänglich subjektive Unmöglichkeit spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht. Der § 306 B. G. B., nach welchem ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag nichtig ist, bezieht sich nicht auf die subjektive Unmöglichkeit der Leistung. Letztere nennt das Gesetz „Unvermögen". Vergleiche l 137 D. de verb. obligatione 45, 1, wo die Definition der subjektiven Unmöglichkeit der Leistung gegeben wird.

Die herrschende Lehre ist, daß sich aus der Natur des Rechtsgeschäfts als auf Leistung gerichtet ergebe, daß bei anfänglicher subjektiver Unmöglichkeit der Leistung stets voller Schadenersatz zu leisten sei.

Anderer Ansicht ist Titze S. 248 ff., der auf die anfängliche subjektive Unmöglichkeit der Leistung die Sätze über die nachfolgende subjektive Unmöglichkeit der Leistung anwenden will. Auf keinen Fall, das dürfte heute allgemein als feststehend anerkannt werden, können die Regeln der anfänglichen objektiven Unmöglichkeit Platz greifen.

Wenn wir uns nun der Lösung der Frage, ob stets Schadenersatz zu leisten ist, oder ob die Regeln der nachträglich eintretenden subjektiven Unmöglichkeit anzuwenden sind, zuwenden, so ist der § 275 Abs. 2 B. G. B. zunächst zu interpretieren. Er lautet: „Einer nach der Entstehung des Schuldverhältnisses eintretenden Unmöglichkeit steht das nachträglich eintretende Unvermögen des Schuldners zur Leistung gleich". Es kommt darauf an, worauf der Ton gelegt wird, liegt er auf Unvermögen oder auf nachträglich, oder aber auf beiden Worten zusammen? Ich meine, daß aus der Gesetzesbestimmung zur Evidenz hervorgeht, daß die Gegensätze hier Unmöglichkeit und Unvermögen sind, daß in der Stelle zu einer Gegenüberstellung des anfänglichen und nachfolgenden Unvermögens kein Grund vorliegt. Es handelt sich im Absatz 1 um nachfolgende Unmöglichkeit, im Absatz 2 um nachfolgendes Unvermögen. Demnach liegt meines Erachtens kein Grund vor, § 275 Abs. 2 als argumentum ex contrario zu benutzen und daraus zu folgern, daß bei anfänglichem Unvermögen zur Leistung die Schadensersatzpflicht stets eintritt. Wir sehen, mit § 275 ist nichts zu beweisen.

Treten wir nunmehr in die Gründe ein, welche für die unbedingte Haftung des Schuldners bei subjektiver anfänglicher Unmöglichkeit sprechen, so wäre als einer derselben und vielleicht als der Hauptgrund anzusehen, der Schuldner soll sich beim Abschluß eines Rechtsgeschäfts mit höchst genauer Sorgfalt vergewissern, ob er in der Lage ist, zu leisten. Das Rechtsgeschäft ist Angelpunkt des Verkehrs, auf ihm baut sich eine Summe von neuen Rechtsgeschäften auf, auf welche vorher insoweit Rücksicht zu nehmen ist, als der Schuldner prüfen muß, ob er zur Zeit des Vertragsabschlusses leisten kann. Es ist außerordentlich wichtig, daß mit allen Kräften dafür gesorgt wird, daß der Schuldner diese Prüfung genau und gewissenhaft vornimmt. Wenn nun das Objekt kurz vor dem Vertragsabschlusse ohne Wissen und ohne eine Möglichkeit des Wissens von seiten des Schuldners zugrunde gegangen ist, z. B. durch einen Diebstahl, eine Unterschlagung, wie ist dann zu entscheiden? Soll in diesem Falle der Schuldner stets das Erfüllungs-

interesse leisten? Das wäre meines Erachtens sehr hart. Es ist vielmehr die Regelung nach den Vorschriften über die nachträgliche Unmöglichkeit der Leistung meines Erachtens analog anzuwenden. Ob in den Fällen, in denen in Erfüllung seiner Verbindlichkeit der Schuldner für culpa quam suis [1]), oder für culpa lata [2]) einzutreten hat, dasselbe bei der culpa in contrahendo in Bezug auf die subjektive anfängliche Unmöglichkeit der Fall ist, dürfte meines Erachtens im Hinblick auf die Analogie der §§ 275 ff. B. G. B. zu bejahen sein.

Bei der nachfolgenden Unmöglichkeit trennen wir nicht zwischen subjektiver und objektiver Unmöglichkeit der Leistung. Das Unvermögen steht hier vollkommen der Unmöglichkeit gleich. Die Unmöglichkeit ist hier vielmehr entweder zu vertreten oder nicht zu vertreten. Eine zweite wichtige Entscheidung entsteht der Natur der Sache gemäß bei einseitig verpflichtenden, contractus bilaterales inaequales und contractus bilaterales aequales, den gegenseitigen Verträgen des Bürgerlichen Gesetzbuches.

Dieser Unterschied hat seinen wichtigen Grund in der Synallagmatik der Verträge, d. h. bei gegenseitigen Verträgen ist die eine Leistung von der anderen insoweit abhängig, als diese durch Zufall unmöglich geworden ist. Aus diesem Prinzip entspringen drei Folgerungen:

1. Aus ihm entsteht die exceptio non adimpleti contractus: Wenn du deine Leistung nicht bewirkst, brauche ich die meinige auch nicht zu leisten. § 320 B. G. B.
2. Der Gläubiger gerät in Verzug der Annahme, falls er zwar anzunehmen bereit ist, jedoch seinerseits die von ihm geschuldete Leistung nicht bewirken will. § 298 B. G. B.
3. Ist eine der Schuldverpflichtungen ungültig, so ist es auch der ganze Vertrag.

Logischer Weise lassen sich daraus zwei Schlußfolgerungen ziehen:

α. Ist vorgeleistet worden, dann kann der Leistende mit der condictio causa finita seine Leistung zurückverlangen, wenn dem anderen die Leistung unmöglich geworden ist.

β. Ist zwischen dem Vertragsabschlusse und dem Termin zur Leistung eine Verschlechterung in den Vermögensverhältnissen des einen Teiles eingetreten und war der andere Teil vorzuleisten verpflichtet, so kann dieser die Vorleistung verweigern, es sei denn, daß der andere Sicherheit leistet. Dieses ist ein Anwendungsfall der clausula rebus sic stantibus.

---

[1]) Bei unentgeltlicher Verwahrung und den Gesellschaftern untereinander.

[2]) Beim Verleiher, negotiorum gestor im Falle des § 680 B. G. B. und Schenkungsversprecher.

Wenn auch die Synallagmatik bei gegenseitigen Verträgen allgemeine Regel ist, so kann kraft besonderer Gesetzesvorschrift doch der Gegner zur Gegenleistung verpflichtet sein, man sagt dann: „Der Gegner trägt die Gefahr." Die Synallagmatik bei gegenseitigen Verträgen muß nun naturnotwendigerweise Unterschiede in der Behandlung der nachfolgenden Unmöglichkeit der Leistung zwischen den einseitig verpflichtenden Verträgen beziehungsweise zwischen dem contractes bilaterales inaequales auf der einen Seite und dem contractus bilaterales aequales auf der anderen Seite zeitigen. Diese Unterschiede müssen im Falle nicht zu vertretener Unmöglichkeit bei den ersteren zur restlosen Aufhebung der Verpflichtung des Schuldners, bei den Letzteren aber auch zur restlosen Aufhebung der Verpflichtung seines Gegners führen, sofern nicht dieser die Gefahr trägt. Weiterhin wird aber auch im Falle zu vertretener Unmöglichkeit bei den gegenseitigen Verträgen die Unmöglichkeit der Leistung nicht so ohne weiteres zur Schadensersatzpflicht führen, weil auch auf die vom Gegner zu bewirkende Leistung Rücksicht genommen werden muß. Natürlich wird bei den gegenseitigen Verträgen auch dann noch zu unterscheiden sein, ob das zu vertretene Verschulden auf der Seite des Gläubigers oder des Schuldners oder beider zusammen liegt, da hieraus erst die gerechte Abwägung der beiderseitigen Interessen sich herleiten läßt. Gerade in diesem Punkte sehen wir ganz besonders, wie das Bürgerliche Gesetzbuch es verstanden hat, den alten römischen Satz, daß die justitia die ars aequi et boni sei, zu verwirklichen. Wohl bleibt zu beachten, daß bei den gegenseitigen Verträgen jede Partei sowohl Gläubiger wie Schuldner ist, so z. B. beim Verkauf der Verkäufer Gläubiger des Kaufpreises, Schuldner der Ware, der Käufer Gläubiger der Warenlieferung, Schuldner des Kaufpreises ist.

Treten wir nunmehr in die Behandlung der Unmöglichkeit bei den einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften und den contractus bilaterales inaequales ein, so ist zu sagen, daß bei nicht zu vertretener Unmöglichkeit der Leistung der Schuldner frei, bei zu vertretener Unmöglichkeit der Leistung zum Schadensersatz verpflichtet ist. Auf jeden Fall aber kann der Gläubiger an Stelle des zu Leistenden das Surrogat fordern, d. h. denjenigen Ersatz, den der Schuldner für die unmöglich gewordene Leistung erlangt, beziehungsweise den Ersatzanspruch, den er gegen einen Dritten erlangt. Bezüglich des Letzteren hat der Gläubiger das beneficium cedendarum actionum. Bei Gattungsschulden ist das persönliche Unvermögen des Schuldners absolut zu vertreten. Daher kommt es, daß z. B. Mangel an Zahlungsmitteln, wenn er selbst durch Zufall eingetreten ist, stets als vom Schuldner zu vertreten erscheint. Nicht zu vertreten kann die Nichtleistung aus der Gattungs-

obligation nur dann sein, wenn die ganze Gattung untergegangen ist, oder die Leistung aus der Gattung infolge anderer Umstände, z. B. eines Ausfuhrverbotes, einer Blockade nicht möglich wird. Wie ist es aber, wenn der Schuldner aus einem in oder außerhalb liegenden Grunde nicht leisten kann, obschon ihm genügende Leistungsmittel zu Gebote stehen? Wenn wir mit Kisch S. 110 den Grundgedanken der Haftung für Gattungsobligationen dahin zusammenfassen, daß jeder Mensch die Folgen seiner Mittellosigkeit zu tragen habe, so bleibt natürlich bestehen, daß die Leistung aus einer Gattungsobligation auch noch aus anderen Gründen als der Mittellosigkeit unmöglich werden kann. So in dem bereits oben vorgetragenen Beispiel, wenn die ganze Gattung untergeht, oder der freie Verkehr mit diesen Gattungssachen aufgehoben ist, und nur beispielsweise Apotheken noch an Private verkaufen dürfen und dergleichen mehr. Der Schuldner soll also nach § 279 B. G. B. sich nicht darauf berufen können, er habe Sachen dieser Art und Güte nicht, solange es noch irgendwie möglich ist, sie zu erlangen, andererseits kann er aber wohl sagen, die Leistung an sich sei ihm möglich, leider aber habe er die persönliche Mitwirkung, die zur Leistung erforderlich sei, nicht vornehmen können. Wenn auch dieser letztere Einwand insbesondere beim Werkvertrage zur Geltung kommt, so ist er auch bei den Schuldverhältnissen mit einseitiger Leistungspflicht durchaus nicht ausgeschlossen.

War nun die Unmöglichkeit der Leistung nur eine teilweise, dann hat der Gläubiger stets Anspruch auf den noch möglichen Teil, falls der Schuldner die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat, steht ihm kein weiterer Anspruch zu. Wenn aber die Unmöglichkeit vom Schuldner zu vertreten ist, dann kann der Gläubiger

1. für den unmöglich gewordenen Teil Schadenersatz wegen Nichterfüllung verlangen,
2. falls durch die teilweise Unmöglichkeit die Leistung für ihn interesselos geworden ist, kann er vom ganzen Vertrage zurücktreten.

Wie ist es aber, wenn er schon den noch möglichen Teil der Leistung empfangen und angenommen hat. Dann kommt es darauf an, ob in der Annahme ein Verzicht auf das Recht zu 2 liegen soll, oder nicht. Die Beweislast trägt meines Erachtens, falls die Annahme erfolgte und nun behauptet wird, ein Verzicht habe nicht vorgelegen, der Gläubiger. Wenn nun Crome Band II S. 125 Note 28 behauptet, im Nachweise der Interesselosigkeit liege prima facie auch schon der Nachweis der irrtümlichen Annahme dieses Teils, also des mangelnden Verzichtwillens, so ist das meines Erachtens nicht zutreffend, denn die

Interesselosigkeit ist etwas rein Objektives, während ein Verzicht auf das Recht zu 2 allen möglichen Gemütsstimmungen entsprechen mag und dieses nun Motiv zum Verzicht ist, wird wohl meines Erachtens der Gläubiger nicht nur die Interesselosigkeit, sondern auch den mangelnden Verzichtswillen bei der Annahme zu beweisen haben. Hat nun der Schuldner bereits geleistet, so ist Zug um Zug gegen Leistung des Ersatzes vom Gläubiger das Empfangene zurückzugewähren. Der zufällige Untergang des vom Schuldner Geleisteten berechtigt den Gläubiger, den Ersatz noch zu fordern. Andererseits ist der verschuldete Untergang beziehungsweise die verschuldete Verschlechterung oder die Spezifikation durch den Gläubiger oder einen Dritten, dem jener die Sache übergab, Hinderung für die Ersatzforderung in Höhe des geleisteten Teiles. Weiterhin kann im Falle des Verzuges des Gläubigers der Schuldner ihm eine Frist zur Rückgabe setzen, mit dem Erfolg, daß nach unbenutztem Ablauf dieser Frist das Rückgaberecht erlischt.

An Stelle der geschuldeten Leistung erlangt nun der Schuldner häufig einen Ersatz oder Ersatzanspruch. Diesen Ersatz beziehungsweise Ersatzanspruch kann der Gläubiger für sich in Anspruch nehmen, den Ersatzanspruch aber kraft besonderer Cession durch den Schuldner, nicht kraft cessio legis. § 281 B. G. B. lautet: „Erlangt der Schuldner infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder Ersatzanspruch, so kann der Gläubiger Herausgabe des als Ersatz Empfangenen oder Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen.

Hat der Gläubiger Anspruch auf Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so mindert sich, wenn er von dem in Abs. 1 bestimmten Recht Gebrauch macht, die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs.

Was nun das Wort „Ersatz" anbelangt, so hat Kisch S. 199 in feinsinniger Weise auf den Unterschied zwischen Ersatz und Aequivalent aufmerksam gemacht. Beim Ersatz, so sagt er, sei eine Vermögensminderung eingetreten, beim Aequivalent nicht. Ersatz sei Schadensausgleichung, während das Aequivalent durch die zufälligen Interessen und Bedürfnisse des Schuldners bestimmt sei. Deshalb erscheine auch das Aequivalent nicht als dem ursprünglichen Schuldgegenstand wirtschaftlich entsprechendes Objekt, auf das der Anspruch des Gläubigers übertragen werden könne. Er schließt mit der Frage: Wer würde z. B. dem Käufer eines Pferdes, wenn dieses nachträglich von dem Verkäufer gegen ein Gemälde umgetauscht wird, ein Recht auf dieses Gemälde zuerkennen? Nur eine kurze Erwiderung sei mir gestattet: In jedem

Aequivalent steckt meines Erachtens Ersatz, denn zunächst einmal soll das Aequivalent an die Stelle des Vermögensverlustes treten, der herbeigeführt werden würde, wenn der Gegenstand ohne Entgelt fortzugeben wäre; im übrigen kann doch auch neben dem Aequivalent noch eine Schenkungsabsicht herlaufen; sodaß nur ein Teil des Vermögensverlustes durch das Aequivalent gedeckt wird, endlich aber kann das Aequivalent den Ersatz des Vermögensverlustes gewaltig übersteigen, letzterer übersteigende Teil ist das lucrum ex negotiatione perceptum der alten Römer, und letzteres nur konnte nach römischem und gemeinem Recht der Gläubiger nicht beanspruchen, was durchaus mit dem von Kisch für seine gegenteilige Meinung angeführten Urteil des Reichsgerichts in der Jur. Woch. 1882 S. 158 zusammentrifft: Der Käufer ist nicht berechtigt, den von dem Verkäufer durch anderweitige Veräußerung erzielten Preis, der Mieter nicht, den durch anderweitige Vermietung erlangten Zins, als commodum zu beanspruchen. Der Mehrerlös entspricht eben dem lucrum ex negotiatione perceptum. Hiermit ist aber noch nicht gesagt, daß nun, wenn die rechtsgeschäftliche Gegenleistung unter dem wahren Werte der geschuldeten Leistung bleibt, die andere Regel eintritt, daß, „falls die Unmöglichkeit der Erfüllung auf einem Rechtsgeschäft des Schuldners mit einer dritten Person beruhe, die Gegenleistung der letzteren kein Ersatz" sei. Abstrahieren wir das lucrum, dann haben wir den Ersatz. Nun aber zu dem Beispiel von Kisch vom Eintausch von Pferd und Gemälde.

Das ist richtig, der Ersatz muß stets ersetzen, und zwar kann nur ersetzt werden:

α. durch eine Sache der gleichen Art,

β. durch Geld, weil letzteres allgemeines Ersatzmittel ist, wenn auch beim Schadensersatz nur subsidiär der Naturalrestitution.

Und hier meine ich, haben wir den Schlüssel zur Lösung. Wir müssen trennen:

1. Ist die Leistung des Schuldners durch ein Rechtsgeschäft zwischen ihm und einer anderen Partei unmöglich geworden, so ist, wenn das dafür Erlangte eine Sache gleicher Art oder Geld ist, § 281 B. G. B. anwendbar. Das aus besonderer Tätigkeit erlangte lucrum braucht nicht zediert zu werden, weil es nicht Ersatz ist.
2. Ist dieses nicht der Fall, dann kommt dieser Paragraph nicht zur Anwendung, weil kein Ersatz vorliegt.

Mit anderen Worten, das Aequivalent ist dann Ersatz, wenn es die geschuldete Leistung wirklich zu ersetzen geeignet ist, sonst nicht. Wer sagt uns denn, daß die nach Kisch durch zufällige Interessen und Bedürfnisse herbeigeführte Leistungsverpflichtung des Gegners des

zweiten Rechtsgeschäfts nicht gerade dem objektiven Wert der Leistung angepaßt ist? Und weiter, ist denn nun bei der Schadensversicherung oder der taxierten Versicherung beispielsweise der wahre Wert des Gegenstandes objektiv ersetzt? Gewiß geht das Geschäft darauf hinaus, objektiv zu ersetzen, aber kann das nicht jedes Rechtsgeschäft? Hier verwischt sich eben der Unterschied zwischen Aequivalent und Ersatz vollkommen. Und weiter, würde es nicht unsinnig sein, dem Gläubiger, falls dem Schuldner durch Zufall der zu leistende Gegenstand untergegangen ist, das beneficium cedendarum actionum zu geben, während, wenn der Schuldner, ich will einmal sagen, schuldhaft, obschon das nicht zum Tatbestand des § 281 B. G. B. gehört, den Gegenstand weiter veräußert, der Gläubiger dieses beneficium cedendarum actionum nicht haben würde? Ich behaupte vielmehr, objektiver Ersatz ist ein vager Begriff, der Schadensersatz ist stets subjektiv, entweder was der Gegenstand dir, was er mir, was er einem Kreise von Personen wert ist, die normalerweise solche Gegenstände entweder in Verkehr bringen, oder an sich nehmen. Was ist dem gewöhnlichen Arbeiter eine Speisezimmereinrichtung wert, was dem Gelehrten eine Hobelbank? Was ist dem normalen Verkäufer die Sache wert, was dem normalen Käufer? Es handelt sich stets um subjektive Werte und auch der gemeine Wert ist stets ein subjektiver. Die neue Leistung ist, wenn sie gleichwertig ist oder in Geld besteht, stets als Ersatz aufzufassen, es sei denn, daß noch von der einen oder anderen Seite der animus donandi hinzukäme, oder aber, daß durch die besondere Tätigkeit des Schuldners ein Mehrertrag erlangt sei. Letzteres muß meines Erachtens der Schuldner beweisen. § 818 B. G. B. steht meiner Ansicht durchaus nicht entgegen, ebensowenig § 1370 B. G. B., da ja auch ich den Begriff des Ersatzes enger fasse, als den „Erwerb auf Grund eines erlangten Rechtes" oder das durch Rechtsgeschäft Erworbene, was sich auf das Vorbehaltsgut bezieht. Außerdem sind diese Bestimmungen deswegen für § 281 B. G. B. nicht von geringerer Bedeutung, weil es sich bei ihm um die sogenannte dingliche Surrogation handelt. Wie ist nun die Sachlage, wenn eine Sache gleicher Art wie die Geschuldete durch Rechtsgeschäft erworben ist und ein über den Ersatz gehendes lucrum vom Schuldner bewiesen wird. Hier gibt meines Erachtens der prävalierende Ersatz oder das prävalierende lucrum den Ausschlag, meistens also der Ersatz; um das lucrum ist dann der Gläubiger ungerechtfertigt bereichert.

Natürlich ist es, wenn der Schuldner als Geschäftsführer des Gläubigers ohne Auftrag handelte, daß dann letzterer durch Genehmigung auch das lucrum an sich ziehen kann. Daß weiterhin der von einem Dritten, wenn auch infolge eines Rechtsverhältnisses, dem

Schuldner — der dem Dritten gegenüber Gläubiger ist, z. B. er ist Vermieter der seinem Gläubiger geschuldeten Sache — zu leistende Ersatz unter § 281 B. G. B. fällt, bedarf keiner Erörterung. Die Richtigkeit meiner Regel beweist aber meines Erachtens schlagend die Ansicht Kisch, daß bei Verträgen, die der Schuldner zum Zwecke der Ersatzverschaffung für den Fall eines schädigenden Ereignisses abschloß, dieser Ersatzanspruch auch unter § 281 B. G. B. falle. Kisch S. 201 begründet hier seine Ansicht damit, daß bei Versicherungs- und ähnlichen Verträgen die Entschädigungssumme rechtlich nicht als Gegenleistung für die gezahlten Prämien, sondern als Ersatz für den eingetretenen Vermögensschaden erscheine. Dieses ist meines Erachtens nicht richtig. Die Entschädigungssumme ist meines Erachtens nichts anderes, als ein Aequivalent der eingezahlten Prämien, die schädigenden Ereignisse kommen nur als Grundlage für die Wahrscheinlichkeitsrechnung in Frage, ebenso die Höhe des Wertes der zu schützenden Objekte. Daran ist meines Erachtens nichts zu ändern, daß die Entschädigungssumme Aequivalent der geleisteten Prämien ist, die von vornherein bei der Schadensversicherung auf die Höhe des Ausfalls am Werte des versicherten Objekts geht. Hier ist meines Erachtens die von mir gegebene Regel durchschlagend.

Der Ersatz muß, und das ist die einzige Einschränkung, welche der Gesetzgeber dem obigen Prinzip gibt, infolge des Umstandes, der die Unmöglichkeit herbeiführt, erlangt sein. Es genügt, wie Kisch S. 203 richtig bemerkt, wenn der schädigende Umstand nicht die rechtliche Grundlage im eigentlichen Sinn, sondern nur eine Voraussetzung des Ersatzanspruchs ist, oder wie ich formulieren möchte, wenn der schädigende Umstand mit zu dem Tatbestand gehört, auf dem sich der Entschädigungsanspruch aufbaut. Ist nun eine Handlung oder Unterlassung geschuldet, so ist die Entstehung eines Ersatzanspruchs auch dann denkbar, falls ein Umstand, der seinerseits für den Schuldner von Vorteil ist, durch welchen das Handeln oder Unterlassen verhindert wird, eintritt. Ebenso denken Crome Band II S. 127, Kisch S. 205, Titze S. 121.

Endlich kann der geschuldete Gegenstand in der Gebrauchsüberlassung einer Sache bestehen, z. B. die Sache, welche vermietet war, wird enteignet. Findet nun § 281 B. G. B. auf diesen Fall Anwendung? Richtig sagt Crome Band II, S. 137, Anm. 51, daß es darauf ankomme, ob man den Ausdruck: „für den geschuldeten Gegenstand" wörtlich oder wirtschaftlich verstehe.

Mit Crome S. 127 und Kisch S. 205 ist gegen Titze und Planck meines Erachtens daran festzuhalten, daß für diesen Fall der § 281 zutrifft, wenn nur, wie Crome hinzufügt: dieser Gesichtspunkt praktisch

ausführbar, also die Quote zu ermitteln ist. Wenn nun Crome in der Anmerkung 51, Kisch des Schwankens auf S. 205 und 206 beschuldigt, so ist dieses meines Erachtens berechtigt. Auf S. 205 spricht Kisch von der Entziehung des Gebrauchs für eine bestimmte Zeit, während er auf S. 206 von der dauernden Entziehung des Gegenstandes der Obligation spricht. Bezüglich des letzteren Punktes kann man sehr zweifelhaft sein, doch neige ich mehr der Ansicht Cromes zu.

Endlich ist noch das Verhältnis der Vertragsstrafe zum § 281 B. G. B. zu untersuchen. Die Vertragsstrafe ist entweder

1. Normierung des Verzugsschadens, oder
2. Normierung des Nichterfüllungsschadens.

Zugleich hat sie den weiteren Zweck, dem Schuldner ein außerhalb des ursprünglichen Rechtsgeschäfts liegendes Motiv zur Leistung zu setzen.

Wir haben es hier mit Punkt 2 zu tun; insoweit die Vertragsstrafe nur als Zwangsmittel dient, ist sie nicht herauszugeben, wohl jedoch insoweit sie an die Stelle des Nichterfüllungsschadens tritt. Im letzteren Falle tritt § 281 B. G. B. voll und ganz ein.

Der § 281 B. G. B. ist bei vorgängiger objektiver Unmöglichkeit nie anwendbar, bei vorgängiger subjektiver Unmöglichkeit ebensowenig. Denn wie sollte, so sagt Kisch S. 210 richtig, der spätere Gläubiger zu einem vor Entstehung seines Anspruchs erworbenen Ersatz in irgend welche Beziehung treten können.

Was die Höhe des erlangten Ersatzes, beziehungsweise Ersatzanspruchs betrifft, so kommt es nicht darauf an, ob er den Wert des geschuldeten Objektes, oder der vom Gläubiger etwa zu bewirkenden Gegenleistung übersteigt. Dem Gläubiger soll ein vorteilhaft abgeschlossenes Rechtsgeschäft von Vorteil bleiben.

Hat nun der Schuldner wegen zu vertretener Unmöglichkeit der Leistung Schadensersatz zu leisten, so fragt es sich, in welchem Verhältnis Ersatzleistung und Schadensersatz treten. Daß nicht beide nebeneinander gefordert werden können, ist natürlich. Es mindert sich nach § 281 Abs. 2 B. G. B. die ihm zu leistende Entschädigung um den Wert des erlangten Ersatzes oder Ersatzanspruchs. Durch die Leistung des Ersatzes kann demnach der Schuldner sich nicht vollständig befreien. Außerdem ist nicht er es, der den Gläubiger zwingen könnte, den Ersatzanspruch nun anzunehmen. Es liegt demnach keine facultas alternativa vor. Liegt nun eine Wahlobligation vor? Falsch wäre es, wenn nun so gesagt würde: „Wahlobligation liegt nicht vor, weil der Gläubiger nicht entweder den Entschädigungsanspruch oder den

Schadensersatz verlangen kann," vielmehr muß die Frage gestellt werden, kann er wählen zwischen

1. Schadensersatz, und
2. Ersatzanspruch und Recht auf Schadensersatz.

Diese Frage könnte bejaht werden, wenn der Antwort hinzugefügt wird: „Doch trägt der Schuldner die Gefahr des Unterganges des Ersatzes beziehungsweise Ersatzanspruches bis zur Cession," was eine Ausnahme von der Regel des § 263 B. G. B. bedeuten würde.

Oder man konstruiert das Recht des Gläubigers auf den Ersatzanspruch als eine datio in solutum, die singulärerweise vom Gläubiger erzwungen werden kann, und zwar wird der Ersatz, beziehungsweise Ersatzanspruch in Höhe seines Wertes an die Stelle eines entsprechenden Teiles der Schadensersatzforderung treten. Des weiteren vergleiche die nachfolgende Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen.

Ist nun so die Unmöglichkeit bei einseitig verpflichtenden Rechtsgeschäften abgehandelt worden, dann bleibt uns nur noch ein Fall der fingierten Unmöglichkeit zu untersuchen übrig, nämlich der des § 283 B. G. B. Es ist der Fall, wo der Schuldner nicht zu bewegen ist, die Leistung zu bewirken, sei es, daß er sie nicht bewirken kann, sei es, daß er sie nicht bewirken will. Normalerweise würde der Gläubiger den Schuldner verklagen müssen, und dann versuchen müssen, im Wege der Zwangsvollstreckung gegen denselben vorzugehen. Schadensersatz anstatt der Leistung könnte er in diesem Falle auf Grund des § 893 C. P. O. und des § 280 B. G. B. erst dann verlangen, wenn er in einem neuen Verfahren die Unmöglichkeit der Leistung durch den Schuldner nachweisen würde, wozu im allgemeinen der Nachweis der fruchtlos verlaufenen Zwangsvollstreckung genügen dürfte. Diese Weitläufigkeit wird durch § 283 B. G. B. aufgehoben. Des ferneren würde, worauf Crome Band II S. 129 hinweist, die Leistung des Schuldners, falls sie erzwungen würde, häufig außerordentlich schlecht ausfallen, sodaß dieselbe für den Gläubiger wenig Wert hätte. Endlich ist vielfach das rechtskräftige Urteil Grundlage des Verzuges des Schuldners, welcher Fall hier einer näheren Erörterung unterzogen werden soll. Es ist davon auszugehen, daß Verzug nur bei *schuldhafter* Nichtleistung trotz gehörig erfolgter Mahnung besteht. Die stärkste Mahnung ist die Erhebung der Klage. Nun ist es aber möglich, daß trotz Klageerhebung von einer *schuldhaften Nichtleistung* nicht die Rede sein kann. Vergleiche folgendes Beispiel: Der Onkel ist gestorben und hat seinen Neffen zum Erben eingesetzt. Es behauptet jemand, daß der Onkel eine Vase aus einem gültigen Schenkungsversprechen unter Lebenden schuldig sei, dessen Nachweis weder aus den

Büchern des Onkels noch durch eine Schuldverschreibung möglich ist. Wenn nun der Erbe verklagt wird, so kann von einem schuldhaften Nichtleisten nicht die Rede sein, vielmehr wird die Nichtleistung erst zu einer schuldhaften, wenn der Schuldner rechtskräftig verurteilt worden ist. Von diesem Augenblick an kann also frühestens der Verzug eintreten. Nun hat der Gläubiger die Möglichkeit, dem Schuldner eine Frist zu setzen, innerhalb deren er die Leistung bewirken soll, widrigenfalls die Unmöglichkeit fingiert wird, d. h. der Schuldner Schadensersatz leisten muß, ohne daß es dem Gläubiger möglich wäre, die geschuldete Leistung zu verlangen, insofern korrespondiert § 283 B. G. B. mit dem später zu erörternden § 326 B. G. B. Der Schadensersatzanspruch kann nun abgewandt werden durch den Schuldner, wenn er nachweist, daß die Leistung nach Erlaß des Urteils infolge eines Umstandes unmöglich geworden ist, den der Schuldner nicht zu vertreten hat. Vergleiche hierzu die analoge Bestimmung bezüglich der Einwendungen gegen die Zwangsvollstreckung nach Erlaß des Urteils im § 767 C. P. O. Nun ist wohl zu bemerken, daß vom Schuldner dann, wenn er bereits in Verzug gesetzt war, er selbst für zufälligen Untergang der Leistung haftet, sogenannter casus mixtus, es sei denn, daß er zu beweisen vermag, daß auch beim Gegner die Leistung untergegangen wäre. Auch hier kann teilweise Unmöglichkeit der Leistung eintreten, wenn der Schuldner einen Teil der Leistung angeboten hat und der Gläubiger ihn, trotzdem er es nicht wußte, angenommen hat. Hier gilt dann wieder bezüglich des Rechtes die Lehre von der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung.

Schwieriger ist die Regelung der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen gestaltet. Es handelt sich hier teils um das Schicksal der geschuldeten Gegenleistung, teils um Schadensersatz, beziehungsweise Rücktrittsrecht. Hat der Gläubiger die Leistung schuldhafterweise unmöglich gemacht, so muß er seinerseits die Gegenleistung bewirken, der Schuldner muß sich aber das anrechnen lassen, was er inzwischen verdient hat oder zu verdienen böswillig unterließ. Beispielsweise bestelle ich mir einen Droschkenkutscher, der mich von Duisburg nach Düsseldorf fahren soll. Das Fuhrwerk soll 20 M. kosten. Wie der Droschkenkutscher vorfährt, erkläre ich ihm, daß ich heute nicht fahren wolle. Die Folge ist, daß der Droschkenkutscher 20 M. von mir verlangen kann, abzüglich dessen, was er durch Fahrten innerhalb der Stadt verdient. Er darf nicht seine Pferde einstallen, sondern muß sich auf den Droschkenhalteplatz begeben und darf dort ihm angebotene Fahrten nicht ablehnen. Die Fälle der vom Gläubiger in dieser Weise zu vertretenden Unmöglichkeit sind folgende zwei:

a) Die Unmöglichkeit der Leistung tritt zu einer Zeit ein, wo der Gegner im Annahmeverzug ist, § 324 Abs. 2 B. G. B. Hier ist wegen der eingetretenen objektiven oder subjektiven Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners die emendatio morae ausgeschlossen.
b) Der Gegner hat den Umstand zu vertreten, dessen Folge die Unmöglichkeit der Leistung war, § 324 Abs. 1 B. G. B.

Der Gläubiger der unmöglichen Leistung muß in einem solchen Falle also seinerseits die von ihm geschuldete Leistung bewirken. Der Schuldner muß sich aber anrechnen lassen, was er inzwischen verdient (ungerechtfertigte Bereicherung, falls er sich auch dieses vergüten lassen würde) oder zu verdienen böswillig unterließ, Prinzip des dolosen Verhaltens, wie wir es in den §§ 226, 826 B. G. B. wiederfinden. Fahrlässiges Nichtverdienen wird nicht angerechnet.

Anders ist die Regelung, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit der Leistung verschuldet. Hier hat der Gläubiger drei Rechte:

1. Er kann vom Vertrage zurücktreten.
2. Er kann die Leistung als schuldlos unmöglich behandeln.
3. Er kann Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen.

Obige Rechte kann der Gläubiger wahlweise ausüben, ob auf dieses Wahlrecht die Regeln der §§ 263 ff. Anwendung finden, dürfte später zu untersuchen sein. Das gesetzliche Rücktrittsrecht bei den gegenseitigen Verträgen entspricht dem rechtsgeschäftlichen Rücktrittsrecht der §§ 346 ff. B. G. B. Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem Schuldner. Die Parteien sind vom Augenblick der Rücktrittsausübung obligatorisch verpflichtet, einander zu gewähren, was sie haben würden, wenn der gegenseitige Vertrag nicht abgeschlossen wäre. Obiges entspricht der ausdrücklichen gesetzlichen Regelung, denn nach § 327 B. G. B. finden auf das Rücktrittsrecht die Regeln des vertragsmäßigen Rücktritts der §§ 346 bis 356 B. G. B. entsprechende Anwendung. Kann der Rücktrittserklärung eine Bedingung beigefügt sein? An sich kann der Rücktritt unter einer Bedingung erklärt werden, dann gehört er nicht zu den actus legitimi des Bürgerlichen Gesetzbuches. Jedenfalls kann aber hier der Rücktritt nur auf eine Bedingung abgestellt werden, die im Belieben des Schuldners liegt, denn der Schuldner hat ein Recht auf definitive Regelung des Rechtsverhältnisses. Letztere liegt bei der auf das Belieben des Schuldners abgestellten Bedingung. Ein Verstoß gegen dieses Recht liegt nicht vor. Der Rücktritt ist weiterhin nicht ungültig, wenn er für den Fall erklärt ist, daß die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, sogenannte condicio legis. Mit dem Augenblick der Rücktrittserklärung treten bereits die Wirkungen ein, die Erklärung ist unwiderruflich.

Wenn nun der Gläubiger rücktrittsberechtigt ist, so kann ihm der Schuldner nach § 355 B. G. B. eine angemessene Frist bestimmen, innerhalb deren er den Rücktritt zu erklären hat, widrigenfalls das Recht erlischt. Die §§ 351 bis 355 B. G. B. dürften im allgemeinen auf den Rücktritt bei gegenseitigen Verträgen keine Anwendung finden. Doch ist unter Umständen diese Möglichkeit zuzugeben, wenn nämlich vom Schuldner teilweise geleistet ist und der Gläubiger an der noch restierenden Leistung kein Interesse hat, oder wenn ein Stück einer nach dem Vertrage unteilbaren Leistung geliefert ist, der Rest aber untergegangen ist. In diesen Fällen ist der Rücktritt ausgeschlossen:

1. Wenn der Gläubiger die Unmöglichkeit der Rückgabe verschuldet, oder wenn er spezifiziert hat.
2. Wenn ein Dritter, dem die Sache vom Gläubiger übergeben war, dieselbe umarbeitet, schuldhaft zerstört oder wesentlich verschlechtert.

Der erklärte Rücktritt wirkt nicht dinglich, die Parteien sind obligatorisch verpflichtet, einander zurückzugewähren, was sie haben würden wenn der Vertrag nicht abgeschlossen wäre, daher sind die vom Gläubiger oder Schuldner bereits erworbenen dinglichen Rechte nicht ipso jure aufgehoben, vielmehr bleiben sie vorläufig bestehen. Dieses ist wichtig für den Fall des Konkurses des auf Grund der Rücktrittserklärung des Gegners (Gläubigers) zur Rückleistung der etwa empfangenen Teilleistung Verpflichteten (Schuldners), die Rückgewährforderung genießt keinerlei Vorrechte. Die Haftung aus dem Rücktritt geht weiter, wie die Haftung aus der ungerechtfertigten Bereicherung, denn nach § 347 B. G. B. bestimmt sich der Anspruch auf Schadensersatz wegen Verschlechterung, Untergangs oder einer aus einem anderen Grunde eintretenden Unmöglichkeit der Herausgabe nach den Vorschriften, die für das Verhältnis zwischen Eigentümer und Besitzer vom Eintritt der Rechtshängigkeit des Eigentumsanspruchs an gelten. Der Zeitpunkt dieser Haftung ist der des Empfanges der Leistungen und nicht mit Unrecht, da ja der Schuldner die Unmöglichkeit verschuldet hat, ihn trifft die schwere Haftung nicht ohne Verschulden und der Gläubiger hat sein Wahlrecht, er hat es in der Hand, ob er überhaupt den Rücktritt vorzieht. Gerät der Gläubiger mit der Rückgewähr seiner Leistung oder eines erheblichen Teiles derselben in Verzug, so findet § 354 B. G. B. Anwendung. Der Schuldner kann eine angemessene Frist bestimmen mit der Erklärung, daß er die Annahme nach dem Ablauf der Frist ablehne. Verstreicht die Frist unbenutzt, so ist der Rücktritt unwirksam. Dann kann der Gläubiger noch die beiden übrigen Rechte auf Schadensersatz oder Behandlung der Leistung als eine unvertretbar unmögliche geltend machen.

Des weiteren kann auch die Leistung als schuldlos unmögliche behandelt werden. Das Bürgerliche Gesetzbuch drückt im § 325 dieses so aus: „Statt des Anspruchs auf Schadensersatz und des Rücktrittsrechts kann er (der Gläubiger) auch die für den Fall des § 323 bestimmten Rechte geltend machen," d. h. zunächst einmal verliert der Schuldner, welcher die Unmöglichkeit vertreten muß, den Anspruch auf die Gegenleistung, weiterhin aber kann der andere Teil an Stelle der unmöglich gewordenen Leistung den vom Schuldner erlangten Ersatz, beziehungsweise Abtretung des Ersatzanspruchs gemäß § 281 B. G. B. verlangen, er muß dann aber seinerseits die Gegenleistung bewirken. Für die nach unserer Ansicht weitergehende Bedeutung des Wortes Ersatz (vergleiche oben gegen Kisch) sei noch hinzugefügt, daß, wenn der Schuldner schuldhafterweise nicht, sondern vielmehr einem anderen Dritten leistet, die von ihm geleistete Arbeit, das von ihm abgeschlossene Rechtsgeschäft ein Unrecht, seine Arbeitsleistung nicht nur infolge des Verstoßes wider Treu und Glauben unmoralisch, sondern dem Gläubiger gegenüber sogar Schuld ist. Warum soll er sich nun die Folgen seines schuldhaften Handelns zugute schreiben können, das ist doch eine Prämie auf eine relativ rechtswidrige Handlung. Ich kann nicht einsehen, warum dem Gläubiger, dem die Möglichkeit des Abschlusses des gleichen oder gleichartigen Rechtsgeschäfts gegeben war, nun diese Möglichkeit ohne irgend ein Entgelt genommen werden soll, warum gerade er, durch die einschränkende Fassung des § 281 B. G. B. in eine weniger gute Lage gebracht werden soll. Ich verweise z. B. auf den von einem Bürgermeister abgeschlossenen Jagdpachtvertrag, der nach preußischem Landrecht als gültig abgeschlossen erscheint. Die Gemeinde unter dem Vorsitz des Beigeordneten verpachtet einige Tage später die Jagd 100 M. teurer an einen anderen. Mit dem Hinweis darauf, daß das Jagdpachtrecht unübertragbar sei, könnte nun die Gemeinde jeden Schadensersatzanspruch des ersten Pächters abwenden. Denn daß aus der Jagd der Pachtzins herausgeschossen wird, kommt heute kaum vor. Die Jagd ist heute mehr Sache des Sports, des Vergnügens, als des Erwerbs. Darum würde also der erste Jagdpächter keinerlei Schadensersatz verlangen können, nicht Abtretung des Ersatzanspruches, d. h. des höheren nachträglich von der Gemeinde mit einem Dritten vereinbarten Jagdpachtgeldes.

Endlich hat das Recht des Gläubigers, die Unmöglichkeit der Leistung als schuldlose anzusehen, noch eine weitere positive Folge, nämlich für den Fall, daß er bereits vorgeleistet hat, kann er das von ihm Geleistete mit der condictio ex causa finita zurückverlangen. Es kommt hier nicht darauf an, ob er vorzuleisten verpflichtet war oder nicht. Auf jeden Fall kann er nur die ungerechtfertigte Bereicherung

verlangen. Es ist hier die Anwendbarkeit des § 819 B. G. B. näher zu untersuchen, insbesondere ist festzustellen, von welchem Zeitpunkte an die Folgen der Haftung wie bei der Rechtshängigkeit nach diesem Paragraphen eintreten.

Kennt der Empfänger den Mangel des rechtlichen Grundes beim Empfange, oder erfährt er ihn später, so ist er vom Empfange oder Erlangung der Kenntnis an zur Herausgabe verpflichtet, wie wenn der Anspruch auf Herausgabe zu dieser Zeit rechtshängig geworden wäre. Wenn auch der eine Teil zur Vorleistung nicht verpflichtet war, so ist deswegen doch durch eine ihrer Natur nach nur freiwillig erfolgende Vorleistung der andere Teil nicht ungerechtfertigt bereichert. Erst in dem Augenblicke, wo dem anderen Teile die Unmöglichkeit der von ihm zu bewirkenden Leistung seinerseits bekannt wird, erst von diesem Augenblick an konnte von einer Kenntnis der ungerechtfertigten Bereicherung gesprochen werden. Dieses gilt auch dann, wenn für den geschuldeten Gegenstand vom Schuldner ein Ersatz oder Ersatzanspruch verlangt wird. Denn das Recht auf den Ersatz oder Ersatzanspruch hat der Gläubiger nicht ipso jure, sondern nur kraft beneficium cedendarum actionum. Es besteht also von vornherein eine Wahlobligation mit Wahlrecht des Gläubigers. Die der Wahl unterliegenden Objekte sind:

α. Die Vorleistung oder

β. die Abtretung des Ersatzes beziehungsweise des Ersatzanspruchs.

Dieses ist nun nicht so zu denken, daß der Schuldner, dem die Leistung unmöglich geworden ist, nun nicht wisse, was von beiden er schulde. Prinzipiell schuldet er die Rückgabe des Vorgeleisteten. An dessen Stelle kann der Gläubiger Abtretung des Ersatzes verlangen. Es liegt also eine Art facultas alternativa auf der Gläubigerseite vor, ein ganz neues Rechtsgebilde. Seine Rechtsfolgen zeigen sich darin, daß der Schuldner, dem die Leistung unmöglich wurde, von vornherein wegen der Vorleistung ungerechtfertigt bereichert erscheint, während der erlangte Ersatz oder Ersatzanspruch dieser Regel nicht unterliegt. Doch hat der Gläubiger ein Recht darauf, gegen Verzicht auf die Vorleistung den Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruches zu verlangen. Würde demnach der Schuldner die als Ersatz erlangte Speziessache oder den Ersatzanspruch auf eine solche schuldhafterweise vernichten, so würde, wenn nicht § 823 Abs. 1, so doch sicher § 823 Abs. 2 B. G. B. anwendbar sein. Zur Erläuterung dieses Satzes füge ich hinzu, daß in der heutigen Lehre Streit darüber ist, ob in den Worten „oder ein sonstiges Recht" des § 823 Abs. 1 B. G. B. nur absolute Rechte gemeint seien, oder ob auch die Verletzung relativer Rechte unter diesen

Paragraphen falle. „Während Zitelmann in Uebereinstimmung mit der früher herrschenden Lehre behauptet, nur absolute Rechte wären sonstige Rechte im Sinne des § 823 Abs. 1 B. G. B., stimme ich der Ansicht Plancks bei, daß auch relative Rechte, wenn sie direkter Verletzung unterliegen, (vergleiche z. B. § 907 B. G. B.) auch unter den Absatz 1 fallen. Dieses würde auch der Fall sein, wenn der Schuldner, dessen Leistung unmöglich wurde, den erlangten Ersatz beziehungsweise Ersatzanspruch zerstört und dadurch dem Gläubiger unmöglich macht, von seinem facultas alternativa ähnlichen Rechte Gebrauch zu machen. Im Sinne der Lehre Zitelmanns ist aber mindestens ein Schutzgesetz, und zwar ein solches, das nur den Schutz bestimmter Personen bezweckt, verletzt, § 823 Abs. 2 B. G. B., falls der Schuldner den Ersatz zerstört, sodaß auch nach dieser Ansicht der Gläubiger Schadensersatz verlangen könnte. Endlich ist eine weitere, allerdings negative Folge der Möglichkeit des Gläubigers, die Unmöglichkeit der Leistung als schuldlose zu behandeln, der Umstand, daß der Gläubiger irgendwelche Rücktrittserklärungen nicht abzugeben braucht.

Endlich kann der Gläubiger Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangen. Es gelten hier die allgemeinen Regeln. Erstattet werden muß damnum emergens und lucrum cessans, entstandener Schaden und entgangener Gewinn. Als entgangen gilt gemäß § 252 B. G. B. der Gewinn, der nach den getroffenen Vorkehrungen mit Wahrscheinlichkeit erworben werden konnte. Was hierhin gehört, ist Tatfrage, doch ist auch bezüglich des entgangenen Gewinns auf die Möglichkeit der Anwendung des § 254 B. G. B. hinzuweisen, insoweit nämlich, als der Gläubiger über besondere Umstände, welche den Schuldner hinderten die Leistung zu bewirken, Kunde hatte und unterließ, den ihm drohenden Schaden abzuwenden.

Im Falle objektiver Unmöglichkeit ist der Schadensersatz auf Geld zu richten. Wie ist es aber im Falle des Unvermögens, muß hier die Klage zunächst auf Leistung gerichtet werden? Der Schuldner hat zunächst realiter zu restituieren, d. h. den Zustand herzustellen, der bestehen würde, wenn das schädigende Ereignis nicht eingetreten wäre. Die Realrestitution ist aber nur als Erfüllung möglich, will dann noch der Gläubiger Geldentschädigung verlangen, so muß er eine Frist setzen, innerhalb welcher er nach seiner Erklärung die Annahme der Erfüllung verweigern werde, vergl. hierzu die §§ 250 und 283 B. G. B. Nach anderer Ansicht kann der Gläubiger sofort Entschädigung in Geld verlangen, wenn nur feststeht, daß die Leistung dem Schuldner wirklich unmöglich geworden ist. Ein Beweis für letztere Ansicht dürfte aus § 281 Abs. 2 B. G. B. zu folgern sein. Der Gläubiger kann

nämlich ohne weiteres den erlangten Ersatz oder die Abtretung des Ersatzanspruchs verlangen. Auf den Schadensersatzanspruch ist dieser erlangte Ersatz in Anrechnung zu bringen. Bei der Gleichstellung dieser beiden Ansprüche dürfte die Annahme gerechtfertigt erscheinen, daß der Gläubiger im Falle festgestellten Unvermögens sofort auf Gelderſatz klagen kann. Nun wird es dem Gläubiger im Bestreitungsfalle nicht so leicht möglich sein, das Unvermögen des Schuldners zu beweisen. Kann er es nicht, dann bleibt dem Gläubiger nichts anderes übrig, als auf dem ersten Wege vorzugehen und auf Erfüllung zu klagen. Die Klage auf Erfüllung kann demnach zwei Funktionen in sich schließen:

a) Den Beweis des Unvermögens auf der Schuldnerseite zu führen,
b) den Schadensersatzanspruch des § 249 B. G. B. aus einer geschuldeten Realleistung in eine Geldschuld umzuwandeln.

Diese beiden Funktionen lassen sich nun sehr gut miteinander vereinigen, dabei ist aber die Klage auf Gelderſatz, falls das Unvermögen des Schuldners feststeht, durchaus nicht ausgeschlossen.

Wenn nun der Gläubiger Schadensersatz verlangt, was wird dann aus seiner eigenen Verpflichtung? Die letztere ist nach wie vor von dem Gegner geschuldet. Dieses wird dadurch bewiesen, daß der Gläubiger ein Rücktrittsrecht vom Vertrage hat, also seinerseits noch verpflichtet sein muß, solange er nicht den Rücktritt erklärt oder die Leistung als eine schuldlose behandelt. Die Leistung muß also im Falle des Einforderns des Schadensersatzes geleistet werden. Doch kann sie, wenn sie gleichartig, also Geld ist, auf den Anspruch gegen den Schuldner in Aufrechnung gebracht werden. Der Gläubiger klagt aber ohne weiteres die Differenz ein. Sind die Leistungen wegen Ungleichartigkeit auf beiden Seiten nicht aufrechenbar, so ist auf Zug um Zugleistung gemäß den Regeln über die gegenseitigen Verträge zu verurteilen.

So die herrschende Theorie, die als „Surrogationstheorie" bezeichnet wird, weil nur im Falle der Gleichartigkeit der Ersatzleistung und der Gegenleistung des Gläubigers infolge besonderer Aufrechnung die letztere nicht bewirkt zu werden braucht. Liegt keine Gleichartigkeit der beiden Leistungen vor, so ist nach dieser Ansicht gegen den Ersatz durch den Schuldner die Leistung des Gläubigers zu bewirken.

Im Gegensatz hierzu steht die „Differenztheorie," d. h. die Theorie, nach welcher im Falle durch den Schuldner zu vertretender Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung die Gegenleistung des Gläubigers nicht bewirkt zu werden braucht, vielmehr die Schadensersatzpflicht als für die Unmöglichkeit des ganzen Vertragsverhältnisses eingetreten an-

zusehen ist. Für die erste Theorie spricht m. E. das Rücktrittsrecht des Gläubigers, für die zweite Theorie das Prinzip der Synallagmatik der gegenseitigen Verträge, sowie das Recht des Gläubigers, die Leistung einfach als nicht zu vertreten unmögliche zu betrachten. Eine Entscheidung in diesem Streit der Ansichten ist zur Stunde nicht opportun, da eine Klärung der Ansichten noch nicht eingetreten ist.

Die Unmöglichkeit einer von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unterliegt den §§ 307 Abs. 2 B. G. B. und 265 B. G. B. Wahlobligationen sind solche, bei denen ex principio das eine oder das andere Objekt Gegenstand der Leistung ist, während bei den facultates alternativae prinzipiell die eine Leistung geschuldet ist, durch die Leistung eines anderen Objekts der Schuldner sich aber befreien kann. In diesem letzteren Falle treten die einfachen Regeln der Unmöglichkeit der Leistung für den Fall ein, daß der geschuldete Gegenstand untergeht. Der Untergang des nicht geschuldeten Gegenstandes, welchen der Schuldner zum Zwecke der Befreiung von seiner Verbindlichkeit hingeben kann, kann auf das Rechtsverhältnis zwischen Gläubiger und Schuldner nur insoweit Wirksamkeit haben, als der Gläubiger die Unmöglichkeit der Leistung des Letzteren verschuldet und so den Schuldner der Möglichkeit der facultas alternativa beraubte. Nur für diesen Fall ist etwas Näheres zu sagen. Geht die nicht aus dem Rechtsgeschäft geschuldete Leistung, durch deren Hingabe der Schuldner sich befreien kann, ohne Verschulden des Gläubigers zu Grunde, so hat der Schuldner einfach die Möglichkeit der Leistung dieses Gegenstandes verloren und muß daher die prinzipiell geschuldete Leistung bewirken. Hat aber, wie oben gesagt, der Gläubiger durch sein Verhalten die facultas alternativa zerstört, dann bleibt dem Schuldner die Möglichkeit, nunmehr dem Gläubiger gegenüber zu verlangen, daß er sich die Leistung aus der facultas alternativa als gemacht anrechne. Dieses folgt aus der Lehre vom Schadensersatz.

Etwas ganz anderes ist die Unmöglichkeit bei der Alternativobligation, weil hier der Schuldner prinzipiell entweder die eine oder die andere Sache leisten muß, duae res in obligatione una in solutione.

Bei dieser Rechtslage muß prinzipiell, wenn der Schuldner die Wahl hat, er anführen können, daß er das Wahlrecht infolge der Unmöglichkeit der einen Leistung verloren habe und infolgedessen den Gläubiger auf die unmöglich gewordene Leistung zu verweisen berechtigt sei, mit anderen Worten, daß er nicht mehr zu leisten brauche. Dahingegen läßt der Gesetzgeber im Falle zufälliger Unmöglichkeit der einen Leistung eine Konzentration der Wahlobligation eintreten. Dasselbe

gilt, wenn die Unmöglichkeit durch Verschulden des wahlberechtigten Teiles entstanden ist, während beim Verschulden des nicht wahlberechtigten Teiles die Konzentration nicht eintritt. Als Beispiel sei folgender Fall angeführt: Ein Pferdehändler hat dem Gläubiger die Pferde Max und Moritz wahlweise verkauft. Beim Probereiten durch den Gläubiger verendet der Gaul Max durch die Schuld des Gläubigers. War der Gläubiger wahlberechtigt, dann muß er für den Max aus § 823 B. G. B. Schadensersatz leisten und noch dazu den Moritz für den vereinbarten Kaufpreis in Empfang nehmen. Er ist nicht berechtigt, nunmehr zu sagen, daß er den für den eingegangenen Gaul vereinbarten Kaufpreis zahlen wolle und den Moritz nicht in Empfang nehmen wolle. Ebensowenig ist aber der Schuldner berechtigt, ihm den noch übrig gebliebenen Gaul mit der Begründung vorzuenthalten, daß er wenigstens noch des übrig gebliebenen Gaules bedürfe.

Beide Ergebnisse sind sehr unbefriedigende. War aber Max durch Verschulden des nicht wahlberechtigten Verkäufers, z. B. infolge der Einnahme von Bilsenkraut, verendet, so ist keine Konzentration eingetreten. Der Käufer kann demnach entweder Lieferung des Moritz zum vereinbarten Kaufpreise oder Schadensersatz beziehungsweise die sonstigen Rechtsfolgen schuldhafter Nichtleistung bei gegenseitigen Verträgen für sich in Anspruch nehmen.

Dieses letztere Ergebnis entspricht durchaus der Billigkeit.

Nachzusehen ist nun, ob nicht das erstere Ergebnis gewissen Modifikationen unterliegt und deswegen zunächst die ratio legis zu untersuchen.

Zunächst einmal ist der Schuldner derjenige, welcher die Gefahr der Unmöglichkeit der einen Leistung trägt. Ist nämlich die eine Leistung durch Zufall unmöglich geworden, so tritt, wie schon oben gesagt, die Konzentration ein. Ist nun diese Gefahrtragung nur Regelfall, welcher gewissen Ausnahmen unterliegt, oder ist sie stets in gleicher Weise vorhanden? Mit anderen Worten: kann in dem zu Grunde liegenden Rechtsgeschäft selbst eine Abweichung von dieser Regel begründet sein? Es wäre meines Erachtens darauf abzustellen, ob Inhalt des Rechtsgeschäfts nicht nur die Wahlobligation, sondern auch die Vereinbarung ist, daß der Schuldner wenigstens einen der von der Wahl betroffenen Gegenstände behalten soll. Doch kann Letzteres natürlich nur dann Wirksamkeit haben, wenn es zum Inhalt des Rechtsgeschäfts gemacht wurde. Der § 265 B. G. B. ist dispositives Recht. Nun hat § 265 B. G. B. weiterhin die objektive und subjektive Unmöglichkeit, vorgehende und nachträgliche, einander gleichgestellt, insbesondere also

nicht zwischen anfänglicher objektiver und subjektiver Unmöglichkeit unterschieden. Mit anderen Worten, der Gesetzgeber hat das Hauptgewicht auf das Recht des Gläubigers auf Erfüllung gelegt, ohne den Interessen des Schuldners gerecht zu werden. Letztere müssen, wie ich schon oben sagte, um gewahrt zu werden, rechtsgeschäftlich besonders festgelegt werden.

Demgegenüber hat der Gesetzgeber die Konzentration der Wahlobligation für den Fall angeordnet, daß der Wahlberechtigte die Unmöglichkeit der einen Leistung verschuldet, also in diesem Falle den Gläubiger schlechter gestellt, falls er die Leistung schuldhaft unmöglich macht und wahlberechtigt ist. Zuzugeben ist vom wirtschaftlichen Standpunkte, daß, wenn der Gläubiger unbedingt der Sache bedurfte und der Schuldner kein Interesse an dem Behalten des noch möglicherweise zu leistenden Gegenstandes hat, daß dann seine Entscheidung durchaus zweckmäßig erscheint. Zugegeben mag ferner werden, daß das Motiv des wahlberechtigten Gläubigers, d. h. ob er einer Sache wirklich bedarf oder nicht, gerade wegen seines Verschuldens keine Berücksichtigung verdient, so bleibt jedenfalls unverständlich, weshalb der Schuldner nun insoweit unter dieser Schuld des Gläubigers leiden soll, als er den einen Gegenstand, den er noch leisten kann, herausgeben muß, obschon er selbst desselben bedarf. Daß hierfür die Lösung des § 265 B. G. B., die Crome annimmt, nicht allein maßgebend sein kann, ist meines Erachtens evident. Der Schuldner muß sich darauf berufen können, daß nach dem Inhalte des Vertrages nur eine von mehreren Sachen geschuldet sei, sodaß er jedenfalls verlangen kann, daß er die ihm notwendige Sache behalten darf. Aber auch für den allerdings schuldhaft handelnden Gläubiger scheint mir die Rechtsregelung des § 265 B. G. B. zu hart und durchaus nicht dem Rechtsgefühl entsprechend. Warum soll der Gläubiger nicht sagen können, ich wähle den von mir zu Grunde gerichteten Gegenstand? Jedenfalls würde dieses mit dem natürlichen Empfinden übereinstimmen. Würde es da nicht besser sein, so lange es irgendwie möglich ist, an der teilweisen Unmöglichkeit der Leistung, falls ein Teil untergegangen ist, festzuhalten und nun dem wahlberechtigten Gläubiger das Recht zu geben, diese zu wählen, während der Schuldner in dem oben angegebenen Falle, daß das Behalten der einen Leistung von ihm zum Inhalte des Vertrages gemacht worden ist, vom Gläubiger verlangen kann, daß er ihm den intakt gebliebenen Gegenstand beläßt!

Ueber die teilweise Unmöglichkeit bei Alternativobligationen spricht das Bürgerliche Gesetzbuch nicht, sodaß also keine besonderen Regeln gegeben sind. Wir haben demnach meines Erachtens anzunehmen, daß

in einem solchen Falle, wo der Wahlberechtigte verschuldet, er den restierenden Teil fordern kann, also keine Konzentration eingetreten ist. Ob er den anderen alternativ geschuldeten Gegenstand fordern kann, richtet sich meines Erachtens darnach, ob nach dem Inhalte des Vertrages der Wille der Parteien dahin gehen sollte, daß wenigstens ein Gegenstand dem Schuldner intakt verbliebe. Dieses würde im allgemeinen im folgenden Falle anzunehmen sein: Ein kleiner Landwirt hat ein Fohlen aufgezogen, ein Pferd will er behalten, es ist nach dem Inhalt des von ihm abgeschlossenen Kaufvertrages mit Wahlrecht des Käufers ihm gleich, ob er das Mutterpferd oder das Fohlen behält. In einem solchen Falle scheint mir keine Konzentration eintreten zu können, also dem Landwirt nur ein Anspruch auf Schadensersatz zuzustehen, falls das gewählte Tier durch Verschulden des Käufers untergeht.